This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 30MH I

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO TEORICO-PRATICO

SULLE

SERVITÙ PREDIALI

III.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO TEORICO-PRATICO

SULLE

SERVITÙ PREDIALI

PER L'AVVOCATO

ALESSANDRO SACCHI

VOLUME TERZO

Servitù nell'utilizzazione del suolo proprio e per utilizzazione dell'altrui.

UNIONE
TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO, Corso Raffaello, 28
MILANO — ROMA — NAPOLI
1908

Digitized by Google

Proprietà Letteraria

Digitized by Google

Servitù nell'utilizzazione del suolo proprio e per utilizzazione dell'altrui

La fisionomia di queste servitù è ben diversa da quella delle servitù considerate nel volume precedente. In quello si trattava di servitù delle acque e per veicolo aereo, ossia per le quali il veicolo atmosferico è indispensabile e si presenta come coefficiente dello stato di fatto che alla servitù corrisponde. Or l'aria e l'acqua essendo beni comuni e l'aria non suscettibile di appropriazione come la terra, mentre l'acqua è appropriabile sotto certe condizioni e con certi limiti e in forma ben diversa dal suolo, se ne deduce abbastanza chiaramente che le servitù, le quali si aggirano attorno alla proprietà del suolo e con questa proprietà sono connesse, debbono dar vita ad una classificazione fondata su di uno speciale e distinto ordine di criteri meritevole di particolare considerazione e di una trattazione distinta con metodi propri. Qui anche le traccie sono, per così dire, più immanenti e visibili nell'esercizio della servitù, allorchè si tratti di servitù continue; e le stesse servitù discontinue sono quasi per contenuto meno equivoche, o, come suol dirsi, più parlanti e meno discoste dall'equivoco di un uso emulativo o semplicemente molesto delle cose proprie, per un canto, e dalla similitudine ad uno stato di comunione per l'altro. Generalmente, si tratta d'invasione sul suolo altrui, ossia di un attentato (sia pure per causa legittima e giustificato dalla legge) contro la proprietà e in terreno altrui, che non può in guisa alcuna mascherarsi o dissimularsi. Pur dalle servitù contemplate nell'ultima parte del volume precedente a quelle di cui s'intraprende lo studio nel principio di questo volume

12/83/46
626970
Digitized by Google

vi è un punto di transizione che non può sfuggire ad accurata analisi. Anche nel primo titolo del libro ottavo infatti si terrà proposito della servitù delle distanze, come si è fatto sotto il titolo quarto del libro settimo; ma la differenza tra le due trattazioni è questa, che nel libro settimo si trattava della distanza delle opere accessorie ad edifizi già esistenti, mentre nel libro ottavo si tratterà della distanza delle opere per sè stanti e che, non rivestendo alcuna qualità accessoria, dànno vita ad un diritto proprio e possono essere disciplinate in forma del tutto indipendente e senza prevenzione di sorta o pregiudizio derivante da sistemazioni precedenti. E, poichè in questo secondo caso ci troviamo a caso vergine, senza cozzare con eventuali interessi per uno stato di fatto già acquisito o con pretese le quali si appoggino su di una remota e lunga osservanza o con ragioni di convenienza di cui la *res non adhuc integra* possa abilmente esser chiamata a fare le spese; sembra che ad esso si possano applicare più liberamente le regole generali di diritto privato senza molti o grandi addentellati con la materia stessa trattata nel diritto pubblico e disciplinata sotto forma di regolamenti locali.

Più caratteristica della servitù delle distanze, considerata pure non in costruzioni accessorie, ma in costruzioni indipendenti ed autonome, è la servitù di sporto e quella di contatto. Non meno caratteristica ancora quella categoria di servitù che importano intromissione nel suolo altrui, o per mezzo di semplice passaggio (nelle sue diverse manifestazioni), o per mezzo di sfruttamento diretto, vale a dire di partecipazione vera e propria alle utilità economiche del fondo altrui e che del fondo stesso diminuiscono la produttività agricola o territoriale, e non ne costituiscono un semplice onere. Queste ultime servitù poi sono proprie in modo speciale dei fondi rustici e presentano una superficie di esplicazione assai più rilevante delle altre, anche se lo esercizio loro non sia continuo e perenne come per le altre. Esse ordinariamente modificano, più o meno, la crosta superficiaria o l'*humus;* e qualche volta anche il sottosuolo o gli strati profondi; in ogni caso sono interessantissime, inquantochè tendono a formare dei tipi di concentramento dei *iura in re aliena* e massimamente nelle campagne dànno sull'occhio

Digitized by Google

anche all'osservatore meno esperto e più rozzo e persino alla dura intelligenza dei villici. Or tutte queste varie categorie di servitù non sembra possano emanciparsi dalla caratteristica comune di doversi considerare come derivanti da costruzioni di nuova fattura o da intromissione ossia penetrazione nel suolo altrui. Queste servitù non hanno veicoli, ma si traducono tutte in fatti o manufatti materiali; e non solo sono ponderabilissime e soggette alle constatazioni più grossolane dei sensi, ma ancora cedono sotto il calcolo delle dimensioni e si estrinsecano agli occhi dell'universalità in forme piuttosto appariscenti. Generalmente, il depreziamento che per esse patisce il fondo affetto sembra anche maggiore di quello che può soffrire per altre specie di servitù, anche se queste altre servitù presentino una entità più rilevante e un contenuto più limitativo del diritto di proprietà sul fondo stesso; e ciò per la ragione che in esse l'incomodo è maggiore e più penosa la posizione del proprietario che deve soffrire e che può credere quasi di non essere proprietario della cosa sua che a metà, mentre nelle altre specie di servitù egli può dirsi quasi non si accorga che il suo fondo sia onerato. Ciò dicasi in modo speciale riguardo alle servitù che importano per l'esercizio loro penetrazione nel suolo altrui; poichè una tale penetrazione è un fatto di grandissima importanza e risalta ad ogni osservazione per superficiale che sia o possa essere. D'altro canto, colui che esercita questo diritto di proprietà sull'altrui suolo, crede quasi di strapparne un briciolo per sè e non di rado nel fatto si comporta da padrone e assume un atteggiamento di maggiore importanza in confronto di quello che potrebbe ravvisarsi in una servitù esercitata a distanza. Or questi dati di fatto, quantunque non cambino il contenuto giuridico della servitù, non possono tuttavia non esercitare una discreta influenza anche sul modo di concepire la relativa figura giuridica.

Digitized by Google

LIBRO OTTAVO

SERVITÙ DERIVANTI DA EDIFICAZIONI

Si può costruire in due modi: o praticando delle opere accessorie ad edifizi già esistenti; o praticando edificazioni nuove, autonome e indipendenti da costruzioni già esistenti. Nel primo caso il germe, l'occasione, l'origine del rapporto di servitù che si viene a porre in essere esisteva anche in antecedenza; talchè l'opera aggiunta altro non fa se non portare alle ultime conseguenze quello stato di fatto anteriore nei suoi accessori, non necessari forse, ma intanto connessi per ragioni di rapporto inscindibile con quello stato anteriore stesso. Nel secondo caso il rapporto, nel suo contenuto di fatto e nelle conseguenze giuridiche connessevi, si crea allora appunto per la prima volta integralmente. La diversità tra le due ipotesi non deve nè può sfuggire, e la possiamo specialmente riconoscere e additare a proposito della costruzione dei camini. Vi sono camini che possono considerarsi come accessori ad edifizi preesistenti e camini che possono considerarsi come costruzioni del tutto nuove. Si divide, a mo' d'esempio, un quartiere abitato di una casa in due appartamenti con ingresso e con destinazione separata; in tal caso è d'uopo praticare un nuovo camino per servizio della cucina. Ora non si dirà che questo semplice cambiamento nella destinazione di una vecchia casa possa costituire una novità assoluta; poichè il cambiamento si effettua sull'antico e risponde ad una facoltà ch'è immanente e continua nel proprietario per l'utilizzazione della sua proprietà. Viceversa,

Digitized by Google

io costruisco un grande camino per una fornace di mattoni; e lo costruisco magari in prossimità di alcune costruzioni già esistenti che io intendo far servire per lo appunto come vani per la cottura dei mattoni. Ora, in questo caso, prima di tutto si stenterebbe a dimostrare che il fumaiuolo dovesse essere considerato come accessorio, anzichè come principale, rispetto ai vani destinati alla cottura; e ciò sia tenuto conto della sua altezza e grandezza, come in generale della sua importanza in uno stabilimento di questa specie. Un camino di uno stabilimento che non richiede altro strumento all'infuori di un forno sembra anche più importante e può essere di maggior costo del forno stesso, che si costruisce quasi sempre rozzamente e può anche originariamente esser fatto di creta molle, anzichè di materiale laterizio; poichè la creta molle non tarderà a indurirsi sotto l'azione stessa del fuoco destinato ad alimentare l'azione della fornace. Così dicasi per tutti gli altri stabilimenti, all'attività dei quali non occorre che la semplice produzione del calore e non servono nè istrumenti o macchine di trasformazione della materia prima, nè istrumenti o macchine di adattamento della materia stessa, se non per un'azione rudimentale e di poco conto allo scopo, per esempio, di dare alla materia prima stessa la forma rettangolare del mattone. In altri opifici o stabilimenti che lavorano col sussidio del vapore il fumaiuolo non compie che una funzione accessoria di fronte a tutto quanto il sistema di macchine, di volanti, d'ingranaggi che costituisce il macchinario dello stabilimento stesso; e perciò in quei casi, se pure il camino non è l'ultimo accessorio, non può certo considerarsi come l'elemento principale, come l'*opera di per sè stante*. Che qui non si tratti di una distinzione dovuta ad una semplice sottigliezza è facile argomentare da ciò che costituisce l'insieme degli usi pratici, industriali o semplicemente edilizi. Le case si adattano a seconda del bisogno; ma in una fornace, se sparisce il fumaiuolo, resta eliminato lo stabilimento; e, se si aggiungono altri fumaiuoli, lo stabilimento si estende ed accresce la sua potenzialità produttiva. Ne deriva, che un rapporto in cui entri lo stabilimento come costituito soprattutto dal fumaiuolo e come a sè stante non può essere eguale all'altro in cui il

Digitized by Google

fumaiuolo entra semplicemente come accessorio di un edificio preesistente, come potrebbe ritenersi qualora appartenesse ad una casa d'abitazione.

Questo importa molto, specialmente per la costruzione scientifica dei rapporti di distanza e per la loro suddistinzione in due categorie diverse; quantunque in entrambi i casi possano applicarsi le stesse leggi limitative e le stesse misure: la qual cosa peraltro non basta per stabilire che nell'una e nell'altra ipotesi si tratti perfettamente della stessa cosa, nè che si debba giudicare collo stesso occhio e coi criteri medesimi. Di più, queste considerazioni stanno a determinare il punto di contatto tra le distanze di cui si tratta alla fine del volume precedente e le distanze di cui si potrebbe parlare in entrambi i libri, se vi fosse qualche cosa da aggiungere in una parte a quanto può dirsi nell'altra. Ma, non essendovi appunto nulla da svolgere separatamente, resta soltanto a designare la transizione logica dall'uno all'altro libro e quindi ancora dall'una all'altra trattazione, e cioè dalla trattazione delle servitù per veicolo aereo a quella delle servitù derivanti da costruzioni e singolarmente a quella riguardante la distanza di opere a sè stanti. È evidente del resto che, prendendo il caso di un fumaiuolo-stabilimento, non si tratta più di una semplice servitù di fumo ossia per veicolo aereo, ma si tratta di un complesso di rapporti che sorgono dalla vicinanza e dall'esercizio di tutto lo stabilimento che al fumaiuolo è connesso; e quindi, oltre che dal fumo in veicolo aereo, e dal rumore, e dal pericolo più sensibile d'incendio, e (ciò che soprattutto contraddistingue praticamente la distinzione tra la vicinanza di un fumaiuolo-stabilimento e quella di un semplice camino applicato ad una casa di abitazione) dal diminuito decoro, dalla diminuita proprietà della casa che a quello stabilimento appunto trovasi vicina e che viene per così dire travolta quasi nell'ambiente industriale con tutti gli incomodi conseguenti, che, se pure non hanno altro veicolo fuorchè l'aereo e non possono se non attraverso a questo veicolo manifestarsi, pur tuttavia costituiscono un fatto complesso di più fattori concorrenti che si debbono ad una costruzione intieramente sopraggiunta ad una casa preesistente. Certamente

Digitized by Google

la trattazione del libro ottavo non esclude la necessità e la presenza d'un veicolo aereo per le servitù delle distanze e neppure per le servitù di sporto; ma questo veicolo non può entrare da solo a caratterizzare l'indole di servitù cosiffatte o la loro estrinsecazione nei rapporti giuridici, come finchè si trattava di semplici camini aggiunti a case di abitazione. La circostanza che qualche cosa si costruisce *ex novo* è una circostanza tanto saliente, da non potersene certamente prescindere e da non poter neppure essere trasportata in seconda linea di fronte alla circostanza o al dato di fatto del veicolo attraverso al quale si estrinsecano i rapporti di vicinanza tra l'edifizio vecchio e la nuova costruzione. Ed è la considerazione della nuova edificazione che deve appunto fornirci il punto di vista dal quale noi possiamo dominare il rapporto giuridico.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

SERVITÙ DELLE DISTANZE

Ed eccoci pertanto condotti ad esaminare nuovamente e sotto altro punto di vista la servitù delle distanze, di cui pur trattammo nella fine del volume precedente. E per riguardo alle distanze noi abbiamo sotto ai nostri occhi non solo edificazioni vere e proprie, ma anche opere le quali non sono edificazioni nè con queste possono amalgamarsi sotto un solo capo di trattazione. Se all'uomo fosse dato di modificare senza limitazione lo strato superficiale e lo strato sotterraneo del suolo, egli potrebbe in breve tempo sconvolgere uno stato di fatto preesistente e creare inoltre situazioni pericolose ai suoi vicini; e, se i suoi vicini a lor volta potessero fare egualmente, vuoi per spirito di rappresaglia, vuoi per vera e propria utilità loro, non tarderebbe a cadersi in un disordine deplorevolissimo e potrebbe anche risentirne l'interesse di tutta quanta una zona di territorio la cui sistemazione verrebbe ad essere assai visibilmente compromessa. Il meno che potrebbe seguirne, sarebbe una cosa assolutamente sconcia; nè mancherebbero, in taluni casi, le frane a coronare il quadro degli inconvenienti nella sua poco rassicurante prospettiva. L'egoismo più cieco preparerebbe il male, la previdenza più illuminata non basterebbe a scongiurarne le conseguenze: di qui l'opportunità di vere disposizioni proibitive della legge, perchè tutti i vicini si tengano a certe determinate distanze e ciascuno di essi rispetti una misura minima da non potersi oltrepassare o violare. Ma

Digitized by Google

anche nelle opere le quali, quantunque munite di fondamenta, non compromettono tuttavia la solidità e la consistenza del sottosuolo, è d'uopo mantenere certe determinate distanze per evitare taluni presumibili inconvenienti o pericoli di svariata indole che si avverano altresì nei rapporti di vicinanza da noi caratterizzati nel libro precedente per il veicolo aereo attraverso il quale si manifestano. In tali casi si tratta piuttosto di pericolo che non di vero e proprio danno, che può anche non verificarsi mai malgrado l'immanenza continua del più grave pericolo. Le distanze che in questi casi la legge pone appartengono più al sistema della vera e propria prevenzione, a simiglianza dei regolamenti locali, che non al sistema giuridico repressivo o restaurativo della reciproca spettanza individuale circoscritta dai limiti della consociazione e quindi della contemporaneità di più diritti della stessa specie.

Se la legge si occupa anche di queste limitazioni, anzichè per ragioni di consistenza obbiettiva, ciò accade piuttosto per ragioni di uniformità, le quali non si sarebbero mai potute tradurre in regolamenti locali, anzi dall'indole caratteristica di questi avrebbero ricevuto *a priori* nocumento e contraddizione. Di qui la necessità di tener molto conto delle consuetudini e di tutte le condizioni dei luoghi alle quali provvedono le consuetudini stesse per loro istituto; poichè è ben naturale che non sianvi migliori giudici degli interessati intorno a quanto conviene al loro interesse. Stabilita dunque quella certa uniformità che risponde agli scopi e ai disegni d'indole generale, si può benissimo accordare libero campo ai regolamenti e alle consuetudini, specialmente per quanto concerne i dettagli dei singoli rapporti di distanza. Certo, anche sotto questo punto di vista, vi è non poca differenza tra città e campagna; e questa differenza è dovuta a ragioni di spazio e a ragioni di abitudini. Nelle sistemazioni edilizie ordinariamente lo spazio non abbonda, specialmente dove la popolazione aumenta in ragione superiore allo spazio disponibile per le abitazioni secondo le proporzioni antiche; quindi è che il centro abitato dev'essere sistemato con altri criteri rispondenti ad una maggiore economia nell'estensione e ad una maggiore utilizzazione nell'altezza degli edifizi.

Digitized by Google

Le case alzate a molti piani e distribuite in una grande quantità di piccoli ambienti costituiscono una delle piaghe maggiori della vita moderna cittadina, in ragione della popolazione e del suo aumento. Nelle campagne invece, dove può disporsi di un maggiore spazio, il disagio della vicinanza è meno sentito e più di rado si verificherà il conflitto delle distanze; al quale invece si sostituirà con maggior frequenza la controversia dei confini. La ragione appunto della relativa abbondanza dello spazio potrà ben giustificare che si prescrivano distanze considerevoli per opere in specie che siano praticate nel sottosuolo. Queste distanze nelle campagne non debbono essere di grave molestia ai proprietari od ai coloni; tanto più che, se si riferiscono alle industrie estrattive, ordinariamente non capitano in zone territoriali sottoposte a coltivazione intensiva, o, per lo meno, vengono ad applicarsi sopra estensioni sulle quali ordinariamente non si sta ad economizzare il metro in più o in meno e che sovente sono per gran parte sciupate da cantieri, depositi, fortificazioni di sostegno, scarpate e via dicendo. In città, non vi sarebbe neppure occasione d'invocare distanze di questa specie, perchè non vi si praticano le industrie estrattive e non vi sono comodità di sorta per gli spazi; ragione per la quale, in fatto di distanze, nell'abitato conviene stare molto attenti a non esagerare. Per compenso, nell'abitato normalmente il sottosuolo non si tocca se non per praticare delle fondamenta di case e per disporvi grotte o cantine; nella città non si praticano scavi minerari e i pozzi d'acqua sorgiva o le cisterne d'acqua piovana ormai ben più di rado, e per ragioni igieniche e perchè in molte città sonvi acquedotti o fontane a disposizione del pubblico, talora gratuitamente e tal'altra verso corrispettivo di canoni. La minore disponibilità di spazio si concilia dunque perfettamente colla minore opportunità di opere profonde che richiedano la portata d'una maggiore distanza. Nelle zone minerarie l'unica ipotesi che possa avere un grande interesse per il calcolo delle distanze sarebbe la presenza di due miniere quasi contigue e addossate l'una all'altra. In tale ipotesi evidentemente i lavori sotterranei, qualora fatti del tutto a capriccio, in una potrebbero compromettere la solidità dell'altra e vi-

Digitized by Google

ceversa. Vi hanno in città delle opere le quali possono compromettere anche le fondamenta delle case, e queste opere sono le fognature; ma esse forniscono una grande garanzia nel fatto che sono i Municipi a ordinarle e a curarne l'effettuazione. Pure ognun crede quanto una cloaca mal costruita o mal mantenuta possa danneggiare gli edifizi presso i quali trascorre, specialmente per effetto delle filtrazioni, che, attivandosi attraverso agli strati sotterranei, possono giungere fino alle fondamenta delle case stesse e corroderle o infradiciarle. Questo accade per una nuova sistemazione dei condotti sotterranei e quando la costruzione dei condotti stessi avvenga posteriormente alla costruzione delle case, non già nel caso opposto; poichè in quello si può provvedere obbligando i costruttori delle case a seguire le debite distanze e tutte le altre precauzioni indispensabili per evitare i danni alle loro case.

Digitized by Google

CAPO I.

Opere sopra il suolo.

1. Contenuto dell'art. 574 Codice civile. — 2. Conflitto teorico e pratico tra l'industria e la proprietà. — 3. Criteri pratici nelle prescrizioni del giudice.

1. L'art. 574 Codice civile riguarda principalmente gli opifici e gli stabilimenti industriali, i quali soglionsi stabilire lontano dal centro dell'abitato, o nei sobborghi, o addirittura in campagna, secondo le disposizioni del potere pubblico e le discipline dei regolamenti generali e particolari. Contro un muro divisorio, ancorchè proprio, o comune, non si può, dice quell'articolo, fabbricare camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o di materie atte a danneggiarlo; nè si possono stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore od altri manufatti per cui siavi pericolo d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive, se non si eseguiscono le opere e non si mantengono le distanze che secondo i casi siano stabilite dai regolamenti, e, in mancanza di regolamenti, dall'Autorità giudiziaria al fine di evitare ogni danno al vicino. Questo articolo riguarda opere pericolose, che facilmente potrebbero essere causa d'incendio o di rovina, oppure opere di per loro stesse causa di una molestia permanente che non si può ragionevolmente tollerare senza subire lesione nell'esercizio pieno del diritto di proprietà del vicino. Le opere enumerate nell'art. 574 sono più importanti e più dannose di quelle enumerate nell'articolo 573 e perciò meritano una maggior repressione: i camini, i forni, i magazzini di sale o di materie pericolose, le macchine mosse dal vapore e altri manufatti pericolosi di incendio, di scoppio o di emanazioni nocive richiedono una tutela speciale. Una difficoltà vi potrà essere nel determinare quali siano gli altri manufatti che includono pericolo d'incendio, di scoppio o di esalazioni nocive, oltre quelli espressamente indicati nell'articolo del Codice; perchè certamente intenzione chiara della legge è stata di favorire una interpretazione razionale e adeguata allo scopo.

Digitized by Google

Per esempio, si è detto che ai forni e alle fucine di cui parla espressamente il Codice si debbano aggiungere i fornelli dei farmacisti; e certamente anche questi possono essere portati ad una temperatura che includa grave pericolo d'incendio, allo scopo di produrre quelle reazioni chimiche le quali non hanno luogo se non a caldo. E questi fornelli possono essere anche fissati a un muro di confine colla casa vicina o troppo vicina al confine stesso per escludere ogni ragionevole pericolo d'incendio. I fornelli dei tintori, e, molto più, i camini delle fonderie presentano la possibilità e il pericolo grave del danno: dei fienili poi è a dire il medesimo, talchè i regolamenti di polizia urbana generalmente ne escludono l'esistenza in città, o ne prescrivono l'esistenza in locali sotterranei per evitarne la fermentazione a contatto dei raggi solari. Se maggiore è il pericolo per la vicinanza delle macchine a vapore, non si può escludere per questo che grave e degno delle provvidenze della legge sia il pericolo derivante da un semplice fornello di laboratorio farmaceutico. Inoltre, allorchè il Codice parla di stalle, non può escludersi che intenda alludere anche agli ovili, ai porcili, ai serragli di bestie feroci ed anche alle semplici conigliere ed ai semplici pollai; in questi casi sono le esalazioni che s'intendono escludere perchè si ritengono pericolose all'igiene delle abitazioni civili o per lo meno fastidiosissime agli abitatori delle vicinanze. Queste esalazioni, se fossero ammesse, rientrerebbero nella categoria delle servitù d'immissione o per veicolo aereo delle quali si è parlato nel volume precedente, con riferimento al fumo come a servitù tra tutte caratteristica.

La distanza di queste stalle, ovili, porcili, serragli, conigliere, pollai serve appunto ad evitare la costituzione di una abusiva servitù d'immissione; perchè, se la vicinanza fosse grande e il diritto a questa vicinanza fosse legalmente stabilito, si avrebbe senz'altro l'esistenza di quella servitù d'immissione. Ma è appunto questo rapporto d'immissione che con la prescrizione d'una distanza si vuol sistemare perchè rientri nell'ordinario esercizio del diritto di proprietà; diguisachè, se tal regola di distanza non serbasse, il rapporto stesso almeno in apparenza potrebbe presentarsi come un

Digitized by Google

rapporto di servitù. Questo riguarda il privato interesse; e però la distanza tra queste opere pericolose e le vicine case di abitazione è cosa che, da un certo punto di vista, mentre da un altro attiene alla pubblica incolumità e alla pubblica igiene, ha invece più semplicemente attinenza all'interesse privato dei vicini. Però anche qui accade ciò che suole accadere in casi consimili, dove l'interesse pubblico è mescolato col privato; quello, cioè il pubblico, assorbisce sostanzialmente tutto quanto il rapporto giuridico, e l'interesse privato passa in seconda linea e diventa quasi accessorio; o per lo meno non può bastare a caratterizzare la figura di vicinanza e a determinare la natura dei provvedimenti più adatti alla sistemazione di una tale figura giuridica. Ciò posto, basterà forse che le parti interessate si mettano d'accordo sulla distanza perchè il voto della legge sia adempito e perchè possa del pari considerarsi siccome esaurita ogni altra causa di sistemazione?

La conclusione più ovvia è che così non sia e non debba essere, quante volte i regolamenti abbiano però curato di regolare il rapporto stesso colla prescrizione di un *minimum* di distanza; *minimum* che può bensì essere aumentato a beneplacito delle parti mediante uno speciale consenso a ciò diretto, ma che non può per consenso di parti esser diminuito allorchè è stato fissato dalla legge o dal regolamento. Ma su di un intervento pacifico della volontà delle parti in mancanza o in aggiunta, ma soprattutto in mancanza di analoghe disposizioni legislative, si potrebbe incontrare difficoltà per il fatto che, tacendo il regolamento, è chiamata a intervenire l'Autorità giudiziaria. Ma si può notare che quest'intervento dell'Autorità giudiziaria non si traduce già in un espediente di volontaria giurisdizione, bensì in una procedura contenziosa, che suppone naturalmente il disaccordo delle parti e la loro intenzione d'invocare uno scioglimento a mezzo di pronunzia giudiziale, suscettibile anche di ricorso in sede di appello fino a formare quella *res iudicata* che è sufficiente nelle vie ordinarie a dirimere tutte le controversie, dalle più gravi alle più futili, e in base alla quale si procede all'esecuzione forzata contro la parte che resiste alle ingiunzioni nella sentenza stessa contenute.

Digitized by Google

Se dunque l'azione del giudice è provocata dal contrasto d'interessi tra le parti, trascinato nella sua fase drammatica e nelle sue pratiche conseguenze, apparisce ben naturale che, quando il contrasto manchi, non abbia ragione d'essere neppure l'intervento del giudice; poichè senza dubbio questi non può nè deve intervenire d'ufficio e conviene che una delle due parti in contrasto ne ecciti l'azione. E appunto il contrasto manca, anzi è escluso, nell'ipotesi che le due parti interessate abbiano tra di loro stabilito un accordo sufficiente per il suo contenuto a dirimere ogni controversia. Dunque al giudice ricorrerà la parte lesa, quando non valga con le buone a far sì che l'altra parte si tenga a conveniente distanza; e, se pure non vorrà previamente interpellare l'altra parte, vien meno ogni ragion di controversia, allorchè il convenuto ed appena abbia riconosciuto, sia pure dinanzi al giudice, che le pretese dell'avversario sono giuste e abbia dichiarato di uniformarvisi.

Da allora cessa la ragion del contendere e, come in ogni altro caso consimile, cessa il magistero del giudice, che deve esclusivamente limitarsi a prendere atto dell'accordo intervenuto tra le parti e non ha iniziativa per sindacare la volontà delle parti nè per imporre ad esse nell'interesse pubblico una distanza, che il potere politico, tuttore esso stesso dell'interesse pubblico, non abbia creduto di consacrare in leggi o regolamenti appositi. Nell'ipotesi che l'accordo tra le parti intervenga per fissare una distanza minore della regolamentare, in tal caso non si avrà controversia dinanzi al giudice civile, ma il potere politico od amministrativo contesterà la relativa contravvenzione a colui che intraprese la costruzione dei manufatti pericolosi d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive: e così il contravventore, se non vuole incappare in una contravvenzione continuata, deve alla fine, per quanto la convenzione lo autorizzi a tenersi ad una minore distanza, rispettare la distanza maggiore. Così se una disposizione regolamentare sopraggiungesse ad una cosa giudicata, la quale nei termini dell'art. 574 avesse stabilito una determinata distanza, e questa disposizione aumentasse la distanza stessa per ragioni di polizia, sembra che la decisione giudiziale debba cessare di avere effetto di fronte al nuovo re-

Digitized by Google

golamento, il quale (nei limiti dell'interesse pubblico di sua spettanza) non ha minor valore di quanto possa averne una legge od un codice civile, anche nei rapporti del diritto privato. Pertanto di fronte a questo regolamento ogni sentenza di giudice risulterà perfettamente inefficace e del tutto priva di autorità anche tra le parti, al modo stesso che non varrebbe una transazione tra le parti stesse a togliere effetto a quelle stesse disposizioni regolamentari.

L'interpretazione dell'art. 574 offre qualche altra difficoltà; poichè esso non solo tratta di muro comune, bensì pure di muro divisorio, ancorchè proprio. In altri termini quest'articolo non solo importa un contemperamento tra più diritti di proprietà, ma anche una limitazione nell'esercizio della proprietà, allorchè un tale esercizio non ha ancora avuto tempo o modo di contrapporsi all'esercizio di altri diritti consimili. Or, se non è il rapporto tra varie manifestazioni, dovute all'opera di vari soggetti giuridici, di un medesimo diritto contemporaneamente esercitato su cose diverse poste in condizioni di vicinanza; di che altro può trattarsi se non di una limitazione al rapporto del proprietario con la cosa propria, e di una limitazione dovuta a ragioni di pubblico diritto? Qui dunque il Codice civile ci presenta il fenomeno di un deragliamento dai confini logicamente assegnati al diritto privato: esso entra nel campo del diritto pubblico, come potrebbe farlo un qualsiasi regolamento di igiene o d'incolumità pubblica.

Se la disposizione si trova fuori posto, non manca peraltro a ciò la debita giustificazione nel fatto che l'affinità di materia sconsigliava la separazione del campo regolamentare dal campo del puro diritto civile; tanto più che, in fin dei conti, per ragioni di richiamo, al regolamento si fa capo in definitiva così nell'una come nell'altra ipotesi. Eppoi convien notare, a onor del vero, che, trattandosi di muro divisorio, vale a dire posto al confine con la proprietà vicina, la distanza che nell'art. 574 si crede di prescrivere non è soltanto affare di diritto pubblico, ma è anche, anzi non meno e più esattamente soprattutto, affare di diritto privato; inquantochè anche in questa ipotesi di fatto una condizione si richiede: la condizione che il muro divisorio possa essere

Digitized by Google

danneggiato e col muro divisorio (implicitamente) possa essere danneggiata anche la proprietà del vicino; oppure che sorga pericolo d'incendio, di scoppio o di esalazioni nocive, poichè un tale pericolo per il vicino non è punto eliminato per la presenza di un muro divisorio. Vero è bene che si crede opportuna la presenza di un muro innalzato sul tetto di una casa per evitare la propagazione dell'incendio dall'una all'altra parte della casa stessa; muro che comunemente è detto *parafuoco*, perchè si ritiene appunto che possa servire ad evitare eventualmente la propagazione di un incendio da parte a parte.

Ma la presenza di un tal muro non è una panacea contro gli incendi per modo che, quando esiste un tal muro, si possano mettere in non cale le altre precauzioni tutte che ispirarono le disposizioni proibitive della legge.

Dunque se un tal muro anzichè dividere tra loro le varie parti di una stessa casa divida due case appartenenti a due diversi proprietari, sia pure collo stesso scopo di evitare la propagazione degli incendi, e però debba considerarsi come un vero e proprio muro divisorio di due proprietà o dei tetti anche soltanto di due proprietà; pure in tal caso si dovrà applicare la disposizione dell'art. 574 per la distanza delle opere dannose o delle macchine pericolose da quel muro divisorio. Anche se un tal muro fosse efficace a limitare la propagazione di un incendio in ogni caso, è bene ricordarsi che all'art. 574 la legge non intende già avvisare ai mezzi repressivi od ai mezzi indispensabili per circoscrivere gli effetti dei danni o dei pericoli, ma bensì ai mezzi adatti per prevenire tali danni e tali pericoli, vale a dire per allontanarli del tutto, per evitarli del tutto.

Anche questo risultato di evitare o allontanare del tutto il pericolo d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive non si potrà però dir mai in tutto o perfettamente raggiunto; poichè per evitare la propagazione dell'incendio da un fabbricato all'altro compresi in uno stesso agglomeramento o centro di abitato, occorrerebbe una distanza enorme: e neppur questa potrebbe essere una garanzia sicura, di fronte alle correnti aeree, le quali talvolta con grande impeto possono facilitare anzi cagionare una siffatta propagazione. Ed anche

Digitized by Google

per evitare le conseguenze degli scoppi occorrerebbe una distanza maggiore di quella fissata dal nostro codice e di quella che ogni codice può ragionevolmente fissare, senza invadere il campo dell'assurdo e dell'impossibile. Molto minor distanza, in pratica, può esser necessaria, nelle vie normali, per evitare il propagarsi delle esalazioni nocive; ma anche in questo caso, se pur si evita un danno certo e ordinario, non può dirsi di allontanare un danno o pericolo straordinario che possa provenire da correnti d'aria violente nella direzione del luogo onde l'esalazione proviene verso la casa o abitazione di cui si tratta. Tanto più poi il danno potrà essere preveduto o temuto il pericolo, allorchè si tratti di correnti periodiche e cioè solite ad apparire tutti i giorni dell'anno o di una determinata stagione, in talune ore del giorno: in tal caso la legge fisica può sottoporsi a calcoli precisi e con essa può anche calcolarsi l'entità e la ricorrenza della esalazione e il relativo danno o pericolo che può ridondarne a zone intiere territoriali. Senonchè la legge non può provvedere che nei casi più evidenti e il giudice non può emanare disposizioni se non caso per caso: la tutela di zone intiere di territorio, in tali ipotesi, non può essere meglio affidata fuorchè alla sanzione regolamentare.

2. Eppur conviene soffermarsi alquanto su di una posizione notevolmente interessante quanto difficile a sistemarsi nei suoi contrasti evidenti, inevitabili: la posizione di un interesse privato alla quale fa contrapposto la posizione del pubblico interesse o interesse industriale. Un'industria può anche stabilirsi inizialmente lungi dall'abitato; ma, stabilita, non con egual facilità può mantenervisi. Perciocchè, come una volta attorno al castello feudale, al convento, alla chiesa sorsero i primi nuclei di popolazione agglomerata, così questo accade oggidì vicino ai grandi stabilimenti industriali. Quando pure colui che intraprende la industria non stimi opportuno di fabbricare accanto alla fabbrica un grande falanstero operaio col sistema del fourierismo, per ragioni di comodità (specie quando gli opifizi, per ragioni di vicinanza alla forza idraulica motrice, sono collocati in luoghi poco facilmente accessibili e non favoriti da sufficienti

Digitized by Google

vie di comunicazione) gli operai stessi penserebbero di stabilirsi colle proprie famiglie accanto a quei luoghi dove tutti i giorni debbono trascorrere per le loro fatiche la maggior parte del dì: anche per evitare che alla stanchezza del lavoro si aggiunga, importuna e molesta, la stanchezza di una via più o meno lunga e difficile. Ed allora gli operai, che non sono più ignoranti e imprevidenti come uno o due secoli fa, ma che alla luce dell'istruzione e della civiltà hanno già saputo assimilare le migliori forme dell'associazione e della cooperazione, pensano essi ad utilizzare le case già esistenti nei dintorni ed a costruirsene delle nuove. Dappresso alle case che accolgono gli operai e le loro famiglie, per poco che si tratti di un'agglomerazione complessiva di qualche centinaio di persone, si stabiliscono negozi o depositi di generi alimentari; ed ecco che la popolazione cresce e l'agglomerato si forma abbastanza numeroso.

Come si potrà pertanto ottenere che un grande stabilimento si mantenga a molta distanza dall'abitato, anche se un regolamento municipale o di pubblica sicurezza non ne permetta dapprincipio la costruzione se non fuori della città? E sia pure, invece di un regolamento, una vera e propria legge di pubblica sicurezza: la cosa non cambia e vi sarà sempre l'ipotesi che, in fatto uno stabilimento trovisi così vicino all'abitato, da non escludere purtroppo quei danni e quei pericoli che nell'art. 574 il Codice civile tende ad eliminare. La legge di pubblica sicurezza, testo unico del 30 giugno 1889, si occupa delle industrie insalubri e pericolose, siano sotto forma di manifatture, di fabbriche o di depositi; e fa comprendere (art. 32) che s'intende circoscriverne l'esercizio per località e per determinazione di condizioni: ma, quando siamo sul punto di emanare disposizioni concrete, se ne rimette ai regolamenti locali e in loro difetto ai provvedimenti delle Giunte comunali, dai quali si può ricorrere alla Prefettura prima che possano ritenersi definitivi ed anche al Ministero degli interni. Indi si occupa a stabilire delle penalità contro chi contravviene ad un provvedimento definitivo in questa materia; ma si guarda bene dall'accennare a disposizioni o principî d'ordine generale, che valgano a darci come delle norme fisse per plasmarvi i nostri regolamenti o provvedimenti locali.

Digitized by Google

Altra difficoltà, dal punto di vista dell'applicazione delle pene consiste nello stadio definitivo del provvedimento, la contravvenzione del quale è fatta oggetto di repressione: poichè, non essendo stabilito termine per il ricorso in via gerarchica dalla Giunta comunale al Prefetto e da questi al Ministro dell'interno (quantunque il Prefetto possa dal suo canto provvedere anche senza ricorso in sede di vigilanza ed ingerenza ordinaria sulle deliberazioni della Giunta), il provvedimento non può raggiungere, rigorosamente parlando, la sua esistenza o perfezione definitiva senza che la parte interessata lo voglia.

Probabilmente la parte interessata, per non essere costretta di obbedire al provvedimento definitivo e per non incorrere nelle penalità comminate dalla legge, farà del suo meglio perchè il provvedimento stesso, per quanto dipende da essa, non divenga mai definitivo. E alle ingiunzioni dell'Autorità comunale essa tenterà di opporre sempre un contegno passivo, senza prendere l'iniziativa di alcun ricorso, ma nel tempo stesso senza obbedire alle fattele ingiunzioni: ingiunzioni che non per il solo fatto di portare un termine possono convertirsi in provvedimento definitivo, quando non lo sono. Notevolissima imperfezione della legge è questa; e dimostra chiaramente uno dei tanti difetti di coordinamento tra le varie parti della nostra legislazione: dal momento che a tutto si poteva rimediare mediante la prefissione di un termine per ricorrere contro il provvedimento dal giorno della comunicazione di esso alla parte interessata.

Dal nostro punto di vista, a prescindere da questa osservazione, che rientra piuttosto nel campo del diritto amministrativo, è interessante constatare la dichiarata e riconosciuta incompetenza della legge di pubblica sicurezza e il silenzio assoluto del regolamento 8 novembre 1889 per l'esecuzione della detta legge sulla pubblica sicurezza. In sostanza, col solito sistema dei rinvii, si è voluto riconoscere che i regolamenti locali e nel loro silenzio le Autorità locali, caso per caso, sono competenti a disciplinare questi rapporti di distanza come tutte le altre condizioni che si possono imporre all'esistenza e all'esercizio delle manifatture pericolose di cui all'art. 574 del Codice civile. Ma non v'ha dubbio che,

Digitized by Google

allorquando la legge di pubblica sicurezza parla di industrie insalubri o pericolose, sotto forma di manifatture, di fabbriche o di depositi, dal più al meno intenda riferirsi ai depositi o manufatti di cui all'art. 574 Codice civile; e che questi due articoli, quello della legge di pubblica sicurezza e quello del Codice civile, riguardino una stessa materia ed entrambi facciano lo stesso rinvio alle disposizioni dei regolamenti locali od ai provvedimenti dell'Autorità locale. Che vi sia pertanto un interesse pubblico industriale, che questo interesse debba conciliarsi con quello della salute e incolumità pubblica e che ad ogni modo abbia la prevalenza su di ogni interesse privato od isolato, è conclusione alla quale si deve giungere per l'insieme della nostra legislazione, è conclusione alla quale si giunge da tutti, salvo a trovare più scabrosa l'indicazione dei mezzi per la tutela dell'interesse pubblico col privato e per la conciliazione dei vari interessi privati coll'interesse pubblico. Perchè sta bene che le industrie abbiano un'importanza generale e presentino ordinariamente i requisiti richiesti per il riconoscimento dell'interesse pubblico; non si può tuttavia negare che in esse s'incardini e si esplichi anche l'interesse privato degli esercenti l'industria rispettiva, siano essi imprenditori od operai applicati all'industria stessa.

Dove dunque comincia l'interesse pubblico e dove finisce l'interesse privato? Il Codice civile, dopo aver confessato, come d'altra parte anche la legge di pubblica sicurezza, l'impotenza propria nel regolare simili rapporti, dovrà dunque rendere a discrezione di una Giunta comunale o di un magistrato giudicante tutti quanti gli interessi e i diritti dei cittadini, senza essersi neppur curato di determinarli in qualche modo, di fissarne i limiti, o di rivedere e rettificare i confini tra i due campi rivali della spettanza pubblica e della privata? Può supplirvi, vi ha supplito convenientemente, almeno, la giurisprudenza? No, per quanti casi pratici siansi potuti ad essa sottoporre; talchè non resta campo se non al ragionamento e alla teoria per vedere di stabilire alcuno di questi confini, anche all'infuori di quel divieto di atti emulativi, che oggimai è riconosciuto non solo come base della civile convivenza in generale, ma anche come elemento di equilibrio in tutti i negozi giuridici dove si tro-

Digitized by Google

vano di fronte due diritti di natura eguale o l'uno dei quali sia frazionario dell'altro. I criteri generali poi sono sottoposti all'influenza di molteplici fattori che possono modificarli e determinarli in modo diverso.

Nella società moderna parecchi dei modi di vedere, di vivere, ed anche di costruire, si sono cambiati. Dalle antiche città monumentali, ricche di marmi e polite, ai moderni centri industriali di Londra e di Berlino (a mo' d'esempio), dove i fumaiuoli delle fabbriche anneriscono quasi l'aria che si respira e la riempiono di carbonati poco igienici, ci corre molto. La febbre della produzione, il delirio del guadagno ha reso tollerabile ai cittadini quell'*aer denso* che per essi direttamente o indirettamente si traduce in moneta. Di qui la propensione per gli edifizi industriali anche nel cuore del centro abitato; di qui l'ammissione dello spostamento o della violazione delle linee architettoniche fondamentali, dell'assimmetria, della diversità nelle altezze e in ogni altra dimensione; di qui la facile invasione dell'attività rumorosa delle classi lavoratrici per ogni dove, e il fragore talvolta assordante delle macchine, e il frequente passaggio di veicoli carichi di materie prime e di materie lavorate su apposite linee tramviarie di raccordamento alle stazioni di esportazione. Tutto questo corrisponde ad uno stato di fatto, in cui le comodità del pacifico cittadino passano del tutto in seconda linea e primeggia la fretta dell'operar collettivo, il benessere economico diretto che si dirama attraverso le grandi e piccole arterie delle industrie affini alle quali grado grado quasi ogni ordine di cittadini partecipa.

Insomma in queste posizioni l'ambiente è addirittura creato dall'industria maggiore, sulla quale e sulle cui industrie accessorie può dirsi che tutto il paese viva e sviluppi la sua attività; per la qual cosa l'interesse stesso più o meno diretto induce i più nella cittadinanza a non guardare tanto pel sottile sui loro diritti e sul disturbo che questi diritti eventualmente possono risentire dal fumo, dai rumori, dagli odori dei rifiuti o delle materie prime. Le nuove fonti del guadagno, nonchè allontanate, sono allora quasi benedette; si organizzano mostre, esposizioni, concorsi. La quiete non è più ormai che nelle campagne e lì ancora comincia

Digitized by Google

ad essere turbata dalla ripercussione delle industrie minerarie ed estrattive; talvolta alla cima stessa di un monte altissimo ci si fa sentire l'eco del piccone e dello scalpello. E come se si trattasse di una nuova energia, di una nuova tendenza della vita umana, fino ad ora rimasta sconosciuta ai più, ma che ha per sua missione di divenire quasi assorbente di tutta la vita civile ed economica e di sfruttare le più produttive e potenti tra le forze della natura. Le applicazioni stesse dell'industria all'agricoltura in talune condizioni d'ambiente, manifestano a chiare note la loro tendenza assorbente; ed anche con maggiore evidenza informano i rapporti edilizi, forse contrastando l'eleganza, ma trasfondendo per ogni dove un alito di vita nuova e una specie di rassegnazione alle nuove esigenze ed ai nuovi metodi di vita. Ora può un codice civile, un complesso di legislazione di diritto privato, mentre per diritto pubblico si cerca ogni di più di facilitare l'appropriazione e l'utilizzazione delle energie naturali a scopo industriale, contrapporre a queste moderne esigenze un modo antico di sentire e d'intendere i rapporti della proprietà privata; e non già nel senso di formarsi della proprietà e del suo esercizio un concetto assoluto (per il che non soccorrerebbero neppure le tradizioni dell'antico diritto romano, così malamente interpretate da ricercatori superficialissimi allorchè ne vollero fare come un prototipo di diritto insofferente di contraddizioni o di limitazioni nello svolgimento della vita pratica), ma nel senso di circondarla dei pregiudizi vecchi e inoltre di quell'aureola di simmetria architettonica, quale poteva intendersi per la sola contemporanea presenza di più edifizi abitabili della stessa destinazione?

Appunto la varietà delle destinazioni nei vari quartieri di una stessa città e talora (se la grandezza e la conformazione della città non comporta la suddistinzione in quartieri a seconda della loro destinazione diversa) la diversità di destinazione negli edifizi di uno stesso quartiere o di una stessa città non suddistinta in quartieri importano che si rinunzi a certe vecchie pretese e a certi, diciamo pure, pregiudizi architettonici o ipersimmetrici. Così il palazzo aristocratico, il villino elegante non disdegneranno di figurare accanto al

Digitized by Google

fumaiuolo, al cantiere, alla turbina, quando ciò sia proprio necessario. Perchè ormai si è compreso come le forze idrauliche delle cascate e delle correnti d'ogni genere non ci siano state date dalla natura soltanto perchè ne formiamo oggetto di ammirazione estetica, ma anche e soprattutto perchè ne ricaviamo profitto per i fini economici della consociazione. Si sono comprese molte altre cose e i più sono convinti che da tempo a questa parte uomini e cose sono cambiati. D'altra parte vi sono delle città essenzialmente agricole e punto industriali, nelle quali l'aggregato edilizio non contiene se non case ad uso di abitazione civile ed altri edifizi destinati a scopo comune, a scopo di riunione generale, ma non per produrre: oppure in esse vi ha qualche industria manifattrice, che non ha però tanta importanza da cambiare la natura di quella città e da farne una vera e propria città industriale; perchè si tratti di un'industria di poca produzione o di produzione assolutamente sproporzionata alla quantità della popolazione. In tale ipotesi può naturalmente accudirsi ad una più regolare e rigorosa sistemazione edilizia, si può avere un maggiore riguardo alle distanze e si può anche pretendere che i rumori non molestino troppo davvicino le orecchie dei pacifici cittadini, e che i rifiuti non vengano a scaricarsi nelle vicinanze delle abitazioni e che non si abbiano a verificare quegli altri inconvenienti i quali sogliono rivelare la vicinanza d'una fabbrica o stabilimento industriale e sogliono esserne l'effetto. In vari casi pratici sarà possibile relegare quei piccoli stabilimenti industriali che occorre avvivare per i bisogni del paese, non già nell'interno delle mura e neppure nelle campagne, ma nei sobborghi dove gli inconvenienti sono minori, meno gravi, meno sensibili. Si dovrà anche aver riguardo alla fisionomia della città; se cioè si tratti di città monumentale o semplicemente di città rurale; poichè, qualora si trattasse di città industriale (e molte delle città moderne debbono la loro origine soprattutto o del tutto a ragioni industriali), non sarebbe il caso di discuter troppo, anche in sede di regolamento locale, se fosse a darsi la preferenza allo scopo industriale e agli stabilimenti industriali, nè se si dovesse tentare una conciliazione di questa con le altre destinazioni. Tutto questo

Digitized by Google

spiega quanto, da un certo punto di vista pratico, il legislatore nostro civile abbia colto nel segno rimettendosi ai regolamenti locali e a questi facendo omaggio finchè l'opportunità lo consente. Sarebbe pertanto il caso di esaminare piuttosto uno ad uno questi regolamenti edilizi secondo le circostanze della pratica applicazione; ed anche di raggrupparli per tipi, a seconda della natura diversa delle città alle quali i vari tipi stessi si riferiscono. Così si potrebbe determinare la gradazione con la quale i vari regolamenti si dispongono attorno a questi tipi; e si potrebbe fare anche un lavoro critico. La qual cosa è tuttavia più di spettanza di uno studio speciale sui regolamenti edilizi che non di uno studio della natura e dell'indole di un trattato sulle servitù. E tanto nella materia prevale il concetto del diritto pubblico, da togliere persino valore alla destinazione del padre di famiglia che, nello stesso campo delle servitù in genere, ha importanza da entrare persino, come vedemmo, in funzioni di elemento costitutivo delle servitù stesse, in quanto talora queste sono appunto costituite per destinazione del padre di famiglia. In questa prevalenza dell'elemento di diritto pubblico, per quanto meno importante dal punto di vista quantitativo, sull'elemento di diritto privato, può e deve anche ravvisarsi un effetto delle moderne tendenze sociali.

3. Per quanto sia vero che la legge non prescrive alcun limite pratico all'azione del giudice, allorchè questi interviene ai termini dell'art. 574 Codice civile per prescrivere le opere da eseguirsi e le distanze da mantenersi dai privati, tuttavia la pratica non ha trascurato di determinare talune di queste opere siccome le più adatte al raggiungimento del fine negativo voluto dalla legge per evitare inconvenienti di varie specie, che si presentano o come pericoli o addirittura come danni, ma specialmente per i pericoli, avendosi per i danni i mezzi generali di risarcimento. In vari modi, a seconda dei casi, può pertanto esplicarsi il magistero preventivo del giudice. A parte l'ipotesi di camini o focolari i quali si vogliano da un condomino praticare nello spessore o grossezza di un muro comune (ipotesi che cade sotto la disposizione dell'art. 557 Codice civile),

Digitized by Google

nell'altra ipotesi di costruzione del camino o focolare nella grossezza del proprio muro oppure di semplice appoggio al muro proprio o comune, debbono considerarsi le due specie separatamente l'una dall'altra. Se dunque il muro è tutto di proprietà di chi vuole incastrarvi un camino, non si tratta che di un mero e semplice esercizio del diritto di proprietà. Ma taluno ritiene che, se in seguito il vicino acquista la comunione del muro, egli possa obbligare il costruttore del camino a spostare il camino stesso per modo da restare al difuori della grossezza del muro medesimo; ragionando sulla prevedibilità dell'acquisto della comunione del muro da parte del vicino e ponendo a tutto rischio e pericolo di chi dapprima costruì il camino la sopravvenuta incompatibilità dell'esistenza del camino stesso con chi ebbe a costruire quel muro. Ora questo ragionamento è profondamente guasto nella sua radice; poichè non v'è muro di confine, del quale il vicino non possa in qualunque tempo chiedere, per virtù di legge, la comunione: e allora tanto equivarrebbe quanto proibire in linea generale la costruzione del camino nello spessore del muro stesso in tutti i casi, se appunto non si voglia incontrare il rischio di doverlo togliere e situare al di quà del muro. Ed è anche difficile l'ammettere che una comunione, acquistata a un dato istante, possa avere effetto retroattivo; mentre è più ragionevole ammettere che essa si attui *rebus sic stantibus*, vale a dire sul muro come si trova, con quegli incavi, quei tubi, quelle aperture che vi sono al momento in cui si costituisce, per la fattane domanda, il diritto ad acquistarne la comunione. E sarà pure oggetto di dubbi il determinare se per effetto dell'acquistata comunione si debbano o si possano dall'originario proprietario esclusivo del muro, ora divenuto comunista, fare delle opere a discrezione del giudice per rendere più proficuo o meno pericoloso questo nuovo rapporto che si viene a stabilire tra vicini; e la stessa specie di dubbi potrà essere sollevata allorchè si tratti di muro divenuto comune per effetto di una divisione ereditaria.

In tali ipotesi si ritenne che si dovesse aver prevalente riguardo alle ragioni di pubblico interesse e si volle che il comunista, dalla parte opposta a quella in cui si trova in-

Digitized by Google

castrato il camino, faccia a sue spese tutte le opere precauzionali richieste dall'arte, dovendosi il proprietario del camino ritenere obbligato a prestare la cosiddetta pazienza per ogni incomodo eventuale; e questa sembra essere la soluzione più esatta, applicabile e al caso di *communio incidens* e al caso di comunione perfettamente volontaria o facoltativa. Non può formare ostacolo l'obbligo alla prestazione della pazienza da parte del proprietario del camino; sia perchè il contenuto di quest'obbligo è per sè stesso di poca entità, sia perchè (trattandosi di opere dirette ad evitare il pericolo d'incendio) le opere stesse possono ritenersi indirettamente fatte nell'interesse anche del proprietario o comunista del muro entro il cui spessore si trova il camino e dalla parte dove il camino stesso si trova. Ma, se per ragioni del caso speciale, il giudice si venga a persuadere del difetto o pericolo inerente alla esistenza o alla ricostruzione di un muro con un camino nella sua grossezza (la qual cosa può verificarsi allorchè il muro sia molto stretto e praticato il camino non resti se non uno spessore insignificante), egli può ordinare la costruzione di lavori destinati a garantire la sicurezza e la innocuità del camino e perfino che il camino si costruisca o si trasporti al di là ed esternamente al muro comune. Ma già ci troviamo in un tema che (tenuto anche presente il concetto dell' indennizzo per l' incomodo e per il danno fatto subire al proprietario del camino colla impostagli prescrizione di spostare il camino stesso) rasenta più la materia dell'espropriazione anzichè quella delle servitù, quantunque l'espropriazione non sia se non come mezzo al fine dell'esplicazione di un diritto di comunione o di comproprietà e del relativo rapporto di vicinanza tra comunisti o comproprietari. E, per quanto la legge elimini, di fronte allo stato di fatto, ogni distinzione tra muro proprio e muro comune, tuttavia, anche inspirandosi ad una sistemazione unica nelle due ipotesi, non può togliere quello che nella rispettiva struttura dell'uno e dell'altro caso vi ha di indiscutibilmente diverso e quasi antitetico, siccome risultante da due ben diverse posizioni di fatto e di diritto; la vicinanza è una condizione estrinseca e quasi eventuale di fronte al contenuto del diritto di proprietà e delle sue limi-

Digitized by Google

tazioni, assorgano o no queste all'importanza e al valore di diritti frazionari della proprietà stessa.

Dopo l'ipotesi della costruzione del camino con focolare nella grossezza del proprio muro viene quella dell'appoggio del camino con relativo focolare al muro proprio o comune; l'ipotesi dunque del semplice appoggio, ossia di un fatto certamente meno importante della costruzione nello spessore, ma non per questo scevro da pericoli d'incendio o dalla comunicazione del calore da parete a parete. In tale ipotesi, poichè non può parlarsi di distanze, la mente corre senz'altro ai mezzi di sicurezza che il giudice può prescrivere, a seconda della consistenza e grossezza del muro, della forma del camino e dell'uso che se ne vuol fare; per esempio una adeguata ventilazione può anche raggiungere lo scopo di evitare deplorevoli cause d' incendi dipendenti da imperfezione nello sfogo del fumo e da cause consimili. Quanto ai forni e alle fucine, le opere da praticarsi allo scopo di evitare il pericolo di un danno futuro, possono consistere nella costruzione di un contro-muro refrattario ed anche si può prescrivere l'obbligo di lasciare uno spazio tra il muro comune o divisorio e il contro-muro. Queste opere, come si vede, tendono a stabilire l'isolamento tra il forno e la parete del vicino; isolamento che non impedisce in modo assoluto la propagazione del fuoco da una parte all'altra, ma che tende ad ogni modo a rendere questa propagazione meno immediata e assicura l'utilità di qualche spazio di tempo maggiore per lo spegnimento dei primi inizi di un incendio già cominciato.

Lo stesso che dei forni dicasi delle fucine, per le quali forse il rischio è maggiore, stantechè per usarne conviene trattare direttamente il metallo allo stato di perfetto infuocamento e con pericolo che le faville non abbastanza sorvegliate da un momento all'altro possano incendiare sostanze combustibili, delle quali ordinariamente in quei pressi non fa difetto. L'opera dunque che assume in questi casi una maggiore importanza è il contro-muro, tra cui ed il muro ordinariamente si suole anche lasciare uno spazio vuoto che si chiama *tour du chat* o *tour de la souris* (giro del gatto o giro del topo) in Francia, a seconda dell'estensione sua.

Digitized by Google

Il giro del gatto, secondo le consuetudini francesi, sarebbe di m. 0,16 e il giro del topo di m. 0,54 a m. 0,81. Il giro del gatto ordinariamente s'intese per le distanze tra luogo e luogo dove si trovano forni o cucine; e il giro del topo tra un doccione di latrina e il muro divisorio contro il quale un tal doccione è posto; inoltre le varie consuetudini locali di Francia stabilirono diversamente a seconda dei luoghi l'ampiezza di questo giro del gatto o giro del topo. La consuetudine di Parigi ha poi una prescrizione speciale: quella che il giro del gatto non sia chiuso nè dalle estremità, nè dall'alto, perchè l'aria circolando liberamente diminuisca la intensità del calore vicino al muro: la quale è senza dubbio in ogni caso ottima precauzione.

Evidentemente, il caso della vicinanza d'un semplice fornello è meno grave di quella d'un vero e proprio forno; si tratti di fornello fisso o di fornello movibile. Però, se il fornello è mantenuto a fuoco intenso e continuo, le precauzioni da prendersi per esso sono ben diverse da quelle che potrebbero esigersi per un fornello a semplice uso domestico. Questo fornello generalmente non include alcun pericolo, se pure la parete divisoria non è di legno; nel qual caso si può pretendere dalla parte e il giudice può prescrivere un contro-muro di mattoni della lunghezza del fornello e di conveniente altezza, oppure la sostituzione di una parete in mattoni o in pietra lavorata; ma non sembra, comunque altri ne pensi, che per un semplice fornello ad uso domestico debbasi isolare il contro-muro prescritto, poichè questa, a parer nostro, sarebbe un' inutile esagerazione. Quanto alle stalle e letamai sì permanenti come temporanei, ai porcili, ovili, stalle dei vetturini, scuderie dei ricchi, serragli di bestie feroci, ecc., anche qui d'ordinario si tratta dell'applicazione di contro-muri contigui ai muri divisori, alti come le mangiatoie e profondi tanto da evitare infiltrazioni al muro comune o nel fondo del vicino. Talora sarà anche questione di ventilazione, o, per dir meglio, di situare le aperture in modo da mandare per altra parte che non sia nociva al vicino, il puzzo derivante dalla maggiore o minore fermentazione delle materie putride che si producono sempre in luoghi simili per i rifiuti organici degli animali

Digitized by Google

ivi raccolti. Qualche volta il contro-muro è controindicato dall'inclinazione dei pavimenti delle stalle stesse, combinati con un sistema opportuno di fognature per lo smaltimento definitivo della parte liquida degli escrementi; perlocchè non rimane da provvedere se non agli inconvenienti che possono derivare dalla parte solida di quelli. Il perchè non resta se non al giudice di esaminare caso per caso, senza lasciarsi per nulla influenzare dalle disposizioni dei regolamenti locali d'igiene circa la tenuta delle stalle; perchè la presenza o la mancanza della contravvenzione non esercita alcuna influenza sulle questioni di mio e di tuo e in genere sulle questioni di godimento della cosa propria, ch'è tema di diritto privato.

Quanto ai magazzini di sale o di materie atte a danneggiare il muro divisorio (il che può avvenire e per l'umidità, e per le esalazioni cattive e per azione corrosiva), anche qui può esservi il rimedio del contro-muro ed anche quello correlativo del giro del gatto; convien guardare in ogni caso e alla qualità e alla quantità delle materie custodite nel magazzino. A questo riguardo non è fuor d'opera delimitare i campi rispettivi dell'art. 558 e di questo art. 574 del Codice civile; il primo riguarda soltanto il muro comune e il secondo riguarda il muro divisorio o di confine, sia esso o no comune. Del resto che il primo riguardi l'interesse privato più del secondo e il secondo riguardi l'interesse pubblico più del primo sembra non possa affermarsi in modo assoluto, e molto meno che il primo sia d'interesse privato e il secondo d'interesse pubblico; entrambi hanno una finalità mista, di pubblico e di privato diritto, e stanno compresi sotto una medesima sezione (servitù stabilite dalla legge) di cui formano egual parte, l'uno sotto il paragrafo dei muri comuni e l'altro sotto quello della distanza e delle opere intermedie richieste in alcune costruzioni. L'interesse privato è diretto e immediato, ma l'interesse pubblico ne balza fuori in entrambi i casi attraverso ai rapporti di vicinanza e quasi come risultato di una sistemazione totale composta di varie parziali sistemazioni che ubbidiscono tutte ad una notevole unicità di criteri inspiratori. Se vi fosse di mezzo un regolamento, la considerazione dell'interesse pubblico apparirebbe

Digitized by Google

senz'altro predominante; ma invece si fa appello al criterio del giudice o si fissano norme per disposizione di un codice civile. L'interesse pubblico quasi sempre apparisce direttamente a mezzo di un regolamento generale e non di regola attraverso le determinazioni del giudice; perchè è superiore al giudizio nelle controversie private e si presenta piuttosto come emanazione del potere politico che è preposto ad interessi più estesi e più importanti. Quindi la differenza tra i due articoli che concorrono a regolare la materia intiera sta nella differenza tra il muro comune e il muro divisorio anche non comune; sia muro comune, divisorio o no, oppur sia divisorio, comune o no, si tratta prima di tutto di assicurare la coesistenza e la possibilità della coesistenza degli interessi privati. Quasi sempre, trattandosi di rapporti più o meno uniformemente sistemati, non si può evitare che il contenuto dei rapporti di cui si tratta assuma un carattere di utilità o d'importanza pubblica che ravvicini quei rapporti stessi, originariamente privati, a quelli che scaturiscono addirittura dal diritto pubblico. La stessa giurisprudenza comunemente adottata nella pratica, da un certo punto di vista, finisce quasi col tenere il posto dei regolamenti.

Vi è anche a tener conto, per l'art. 574, delle macchine e di altri simili manufatti che possano produrre pericolo d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive; macchine ordinariamente fisse e immobilizzate con opere murarie, purchè siano vicine alla proprietà altrui, ed anche se non si appoggiano ad un muro comune o ad un muro divisorio, proprio o no. Per queste macchine si possono adottare precauzioni speciali, in vista della speciale possibilità di nocumento che esse presentano agli edifizi vicini; possono prescriversi dei mezzi speciali d'isolamento, anche se questi mezzi debbano consistere in muri di rinforzo al punto di separazione. Infatti, anche a prescindere dal grande rumore che talune macchine industriali producono quando sono in azione, è anche da tenersi conto del tremito od oscillazione che da quei grossi congegni proviene allorchè esse sono attaccate in qualche modo ad un muro divisorio; dal momento che anche la loro semplice gravitazione su di un pavimento contiguo o prolungato da una ad altra abitazione, anche se

Digitized by Google

non giungono a toccare la parete divisoria, riesce a produrre oscillazione siffatta. Ed ecco un'altra ragione per la quale si può pretendere che il muro divisorio sia rinforzato o ingrossato con un contro-muro o parete che ne aumenti lo spessore; il tremito generalmente non cesserà del tutto, ma sarà meno fastidioso, meno incomodo, e cioè sarà il caso di trovarsi in una situazione meno cattiva e meno lesiva dei diritti della proprietà libera e piena. Anche per il pavimento, talora con speciali sostegni sottoposti alle macchine, adatti a sorreggerne il peso, si possono prescrivere cautele opportune ad assicurare un certo attutimento delle scosse, permodochè il vicino abbia a risentirne danno minore. Si comprende che, in linea generale, il giudice avrà d'uopo del sussidio di un tecnico, il quale, esaminato il caso e visitati i luoghi sappia riconoscere la vera posizione di fatto e determinare quanto occorre e quanto non giova o non può giovare alla salvaguardia e tutela degli interessi del vicino; ma al giudizio del tecnico potrà e dovrà sovrapporre il suo giudizio fatto a base di buon senso e di senso comune. Oltre a ciò la vicinanza d'una macchina generalmente si connette alla vicinanza d'un opificio o stabilimento tutto quanto e però l'inconveniente del tremito del pavimento o della parete si connette con una serie di altri inconvenienti, che è difficile eliminare o attenuare egualmente tutti insieme, ma solo potranno eliminarsi od attenuarsi parzialmente, taluni cioè più degli altri oppure taluni sì ed altri no, a seconda dei casi. A proposito delle macchine vi sono anche disposizioni importantissime della legge di pubblica sicurezza da applicare; disposizioni le quali, mentre sono a tutela dell'interesse pubblico direttamente, non mancano però di salvaguardare ad un tempo l'interesse privato. Fu ben detto che l'esercizio dell'industria in una città essenzialmente manifatturiera non deve indurre a tanto che la città stessa si renda inabitabile; e si può considerare d'altra parte che non si può per i malintesi comodi e per i vieti pregiudizi di una classe che vive di rendita ridurre all'inazione tutta quanta una maggioranza di popolazione di lavoratori: entrambe le considerazioni sono giuste e trovarono accoglienza propizia nella mente del nostro legislatore.

Digitized by Google

Per la qual cosa anche qui come in molti casi simili trattasi di conciliare le due ragioni estreme e di tenere in vista l'interesse moderno e universale della prosperità industriale accanto alle ragioni, più che di comodità indolente e parassitaria, di sicurezza e d'igiene non pure dei cittadini che non hanno partecipazione diretta a quella data industria, ma dei cittadini stessi che in qualità di operai, di capitalisti, d'intraprenditori, di tecnici partecipano più o meno direttamente alla industria stessa e alle sue varie ramificazioni primarie o secondarie. Questi punti di vista essenziali debbono essere anche tenuti presenti dal giudice nel determinare, in sede di puro diritto privato, quelle precauzioni che egli ritiene necessarie per evitare la lesione degli interessi privati; e se queste precauzioni coincidono con quelle prescritte dalle discipline sulla pubblica sicurezza o dalle speciali ordinanze dell'Autorità politica, ciò sarà anche meglio e produrrà un tutto convenientemente armonico.

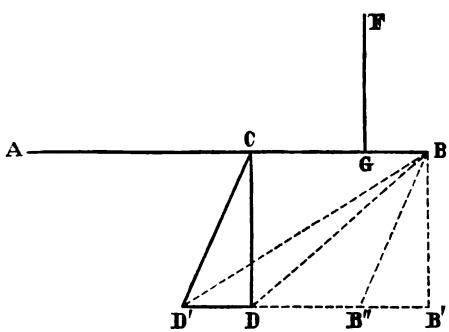
Digitized by Google

CAPO II.

Opere sotto il suolo.

4. Scavamento di fossi o canali. — 5. Misura della distanza legale. — 6. Scarpa od opere di sostegno. — 7. Scavamento di fossi o canali vicino ad un muro comune. — 8. Apertura di sorgenti, stabilimento di capi od aste di fonte, canali od acquedotti, o spostamento del loro letto, variazione di pendìo o di forma. — 9. Ingerenza dell'Autorità giudiziaria in caso di contestazione.

4. L'escavazione di fossi, specialmente nei rapporti dell'agricoltura e per procurare alle acque uno scolo od una sistemazione quale si voglia artificiale rappresenta spesso qualche cosa di assolutamente indispensabile all'agricoltura e a certe speciali coltivazioni. Ordinariamente appunto, la escavazione dei fossi ha luogo nelle campagne e quindi non è difficile trovar modo di applicare disposizioni generali e di efficacia duratura, inspirate ad un concetto tecnico che non ammetta in via generale nè restrizione nè allargamento e che escluda, o se non altro renda minore di quanto apparisca per l'art. 574, l'arbitrio del giudice. L'art. 575 del Codice civile è di una chiarezza lodevole e porta senz'altro la nostra mente alla determinazione e al riconoscimento di un fattore tecnico di grande importanza. È necessario, per bene spiegarsi il fatto, tener presenti le differenze che corrono tra l' edificazione sopra il suolo e lo scavamento, dal punto di vista del danno che la proprietà del vicino può subirne. Sia *AB* un terreno appartenente ad un solo proprietario e *B* il confine di questo terreno con altro terreno contiguo, spettante ad altro proprietario. Il proprietario del terreno *AB* può edificare sopra il suolo in *FG* a un metro e mezzo dal confine *B*, limitante il tratto territoriale *AB*, e



Digitized by Google

può anche scavare in *C* sino alla profondità *D*, permodochè la linea *CD* sia eguale alla linea *CB*, la *CD* sia parallela alla *BB'*. Questo il principio fondamentale, e, diremo quasi, lo schema ideale della figura giuridica dello scavamento dei fossi e di tutti gli altri scavamenti nel sottosuolo; esso è riportato all'ipotesi peggiore che si possa fare e cioè che il terreno dal punto scavato in là si frani nel modo più inopinato e disastroso che immaginar si possa. Vero è che, dal punto di vista pratico, due fattori contribuiscono a produrre il fatto, ad aumentarne o diminuirne le conseguenze: la natura, porosità, friabilità diversa del suolo da un canto, e dall'altro la larghezza del praticato scavamento. Infatti la diversa consistenza o compattezza del terreno importa una maggiore o minore probabilità che il terreno stesso rimanga smosso e si disfaccia; beninteso che questa probabilità non è soltanto dalla parte del confine col fondo vicino (direzione *CB*), ma anche dalla parte del fondo stesso dove il fosso è praticato (direzione *AC*). Quanto alla larghezza dello scavamento, si comprende che più lo scavamento stesso è stretto e meno danno può derivare da una frana eventuale, la quale dovrebbe riempire lo spazio vuoto e nel minore spazio vuoto disponibile per il riempimento troverebbe un certo ostacolo per una maggiore rovina delle parti laterali; ma di questo fattore non ha tenuto conto la legge, la quale si è occupata soltanto della dimensione della profondità, probabilmente per evitare previsioni incerte le quali dovrebbero tradursi in calcoli troppo complicati. Di un altro fattore o elemento, attinente anche più alla pratica degli escavamenti si è occupata la legge: e cioè del fattore della scarpa o scarpata, o inclinazione a scarpa, sostituibile soltanto da apposite opere di sostegno (*forti* o *fortezze* nella terminologia usuale), le quali stanno appunto a prevenire la possibilità della frana. In tal caso non avremo più le linee *BB'* e e *CD*, ma le altre linee *BB''* e *CD'*, parallele tra loro al par delle prime e terminate egualmente su punti del piano sotterraneo *B'D'*. Per il calcolo delle forze meccaniche risultanti, invece della *DB*, si assumerà così la *D'B*, dotata di una maggiore inclinazione, ma da non confondersi con la scarpa o scarpata che si vuol far muovere dal punto *B* in

Digitized by Google

divergenza dalla linea *BB'*. Però una scarpata da *B* in direzione della parallela *CD'* e relativa diagonale *BD'* diminuirà moltissimo l'eventualità di un franamento dalla parte *BB'* o *BB''* e noi non dovremo così calcolare sulle rette ideali *CD* e *BD*, le quali, se esiste scarpata, non hanno più nessun valore pratico, ma bensì sulle rette reali *BB''* e *BD'*; queste saranno le misure adatte al caso concreto e su di queste noi dovremo prendere le nostre determinazioni in ordine ai vincoli legali tra due proprietà vicine.

Resta però sempre, ciò malgrado, ferma ed assoluta la legge della distanza dal confine che si prescrive eguale alla profondità; questa legge fu posta rigidamente, perchè appunto non ne apparve una migliore o più propizia o più adatta al caso speciale. Se non si fosse voluta seguire una norma costante di questa portata, come dicemmo, si sarebbe dovuta seguire una norma diversa a seconda dei casi speciali e con speciale riguardo ad una quantità di dettagli tecnici dei quali non possiamo così *a priori* tener conto. Occorrerebbe un collegio di periti-ingegneri e questo collegio, per giunta, ben difficilmente riescirebbe a mettersi d'accordo, essendo molteplici i fattori dei quali si dovrebbe tener conto per venire ad una determinazione che offrisse qualche probabilità di buon esito; e, in fin dei conti, il dubbio di errare sarebbe sempre maggiore della probabilità di riuscire. Oltre a ciò potrebbe anche darsi che il terreno più in là della linea sotterranea *BB''* verso il territorio confinante in *BB'* non fosse della stessa natura e struttura del terreno che è al di quà di questa linea; talora potrebbe darsi che di fronte ad una grande friabilità della zona *CDBB'* si avesse una piccola friabilità ed una grande resistenza della zona oltre *BB'*, dove si potrebbe trattare di una roccia forte e compatta, inalterabile e inamovibile fuorchè ai colpi del piccone. Uno strato cretoso può confinare con uno strato argilloso, i calcarei possono esser vicini ai silicati, la terra sciolta alla terra dura; talora una semplice differenza di conformazione può tradursi in una sensibile diversità di effetti; ed anche il diverso modo di lavorazione del suolo può ripercuotersi insensibilmente negli strati sottostanti, senza che le leggi di questa ripercussione appariscano al difuori e val-

Digitized by Google

gano a tradursi in calcoli matematicamente sicuri. Per esaminare, del resto, la qualità degli strati sotterranei oltre *B* non occorrerebbe meno, anche ad una persona tecnica, di un vero e proprio scavo di assaggio di una tale profondità da giungere sul prolungamento della linea *D'B'*; scavo che il proprietario del fondo limitrofo a quello dov'è praticato il fosso non sempre può esser disposto a lasciar fare, anche nell'ipotesi che le spese ne siano accollate al vicino nel cui interesse è l'attuazione del fosso. Se si facesse una simile proposta, *de lege condenda*, converrebbe ad ogni modo concludere per la poca praticità della medesima; poichè conviene anche tener presente che le liti che ne sorgerebbero sulla base delle perizie tecniche danneggierebbero di gran lunga quella parte di buono di cui si potrebbe far tesoro in un caso determinato, seguendo le risultanze dell'esame sotterraneo e attenendosi ad una più esatta percezione della realtà. Un legislatore non può dunque attenersi a questa linea di condotta che condurrebbe inesorabilmente molto lontano dallo scopo che un legislatore si deve prefiggere.

Non resta dunque che il criterio di una lontananza eguale alla profondità. È però questo un criterio empirico o cervellotico, per così dire, oppure risponde a qualche concetto tecnico di alto significato? Per quanto si voglia ricercare nelle formole o nelle dimostrazioni che attengono alla materia degli scavi, delle spinte o delle frane: sia perchè qualsivoglia indagine tecnica a questo riguardo vuol esser fatta in base alle peculiari circostanze del suolo, sia anche perchè altre circostanze, tra le quali la pendenza del suolo e degli strati sotterranei, possono influire al riguardo. Insomma, tutto considerato, la disposizione del Codice è completamente empirica e non offre alcuna garanzia di corrispondere nè alle esigenze scientifiche nè alle esigenze di fatto. Dal punto di visto tecnico, si potrebbe dire che, siccome la maggiore spinta o pressione della terra laterale sulla parete del fosso è a un terzo dell'altezza del fosso stesso calcolata dal piano sotterraneo di quello, una distanza maggiore del terzo della profondità del fosso debba senz'altro apparire come superflua. Ma neppur questo sarebbe esatto in modo assoluto: sotto alla profondità del fosso, come nel fosso stesso, possono esservi, a

Digitized by Google

mo' d'esempio, delle masse d'acqua stagnanti o in movimento, possono esservi degli strati molto cedevoli; e questo naturalmente cambia e distrugge tutto il ragionamento della pressione laterale massima. Oltre a ciò si può vedere che concetto speciale del legislatore è stato quello di considerare la distanza eguale alla profondità siccome il minimo delle distanze possibili e ammissibili per garantire gli interessi del vicino: tanto vero che nell'articolo stesso è fatta riserva per le maggiori distanze che fossero determinate dai regolamenti locali.

Ora noi non diremo che questo rinvio ai regolamenti locali rappresenti senz'altro una confessione d'impotenza come nel caso che il Codice non disponga nulla e si rimetta in ogni caso alle disposizioni regolamentari; e non rappresenta una confessione d'impotenza appunto perchè qualche cosa il Codice dispone, e dispone appunto in linea generale, per quanto senza buoni argomenti tecnici. Forse il legislatore è rimasto sedotto da quella specie di euritmia tra la distanza e la profondità che si corrispondono. L'articolo 674 del Codice Napoleone stabilisce che chiunque trovi *une fosse d'aisance* (fosso di comodità) presso un muro, divisorio o no, è obbligato a lasciar la distanza prescritta dai regolamenti e usi particolari relativi a tale oggetto, o a fare le opere prescritte dai regolamenti e usi per evitare di nuocere al vicino. Una tale disposizione da taluni si dice fondata sulla l. 27, § 10, Dig. 9, 2; sulla l. 19, § 1, Dig. 8, 2; sulla l. 17, § 2, Dig. 8, 5. Nei suoi commenti edittali Ulpiano richiama invero l'*actio in factum* o la *cautio damni infecti*, la prima nel caso di danno subìto, la seconda nel caso di danno temuto; ma si parla dell'ipotesi — *si furnum secundum parietem communem haberes* — e quest'ipotesi non può che per lontana analogia trasportarsi alla distanza dei fossi. Egualmente nel frammento *de servit. praed. urb.* Paolo parla di una *camera ex figlino opere* (di terra) *facta iuxta communem parietem;* e infine Alfeno parla di uno *sterculinium ex quo paries madescat*. Queste ipotesi pertanto non calzano nè punto nè poco alla ipotesi dell'art. 674 del Codice Napoleone. La vera ipotesi che si avvicina al Codice Napoleone è quella prevista da Gaio nella l. 13, Dig. 10, 1, e che pare risalga alla legisla-

Digitized by Google

zione decemvirale: *Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse; nam illic ita est:* ἐάν τις αἱμασίαν παρ' ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρυγῇ, τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν· ἐαν τειχίον, πόδα ἀπολίπειν· ἐαν δὲ οἴκημα, δύο πόδας· ἐὰν δὲ τάφρον ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον τὸ βάθος ᾖ, τοσοῦτον ἀπολίπειν. ἐὰν δὲ φρέαρ, ὀργυίαν· ἐλαίαν δὲ καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν· τὰ δὲ ἄλλα δένδρα πέντε πόδας.

Secondo la testimonianza di Gaio dunque si richiedeva una distanza pari alla profondità nell'ipotesi di scavamento d'un sepolcro e di un fosso o buca; è appunto il caso preciso previsto dal nostro art. 575, e, se non è quello dell'articolo 674 Codice Napoleone (*fosse d'aisance*), poco ci corre invero. Ma certo il nostro legislatore, stabilendo la distanza eguale alla profondità, non ha pensato nè di rendere omaggio a Solone nè di uniformarsi per titolo di rispetto alla legislazione decemvirale; se pure nella compilazione del Codice si è fatta attenzione a quella pretesa disposizione soloniana o decemvirale, non certo può dirsi che la disposizione del Codice sia stata motivata dalla disposizione decemvirale. Nella maggior parte dei casi può forse ritenersi che la possibilità d'un franamento laterale non vada al disotto del piano inferiore dello scavamento; ma pur vi può essere qualche caso, in cui, anche per il concorso di altri fattori, la disposizione e la natura degli strati sotterranei sia tale che un piccolo spostamento possa aversi anche al disotto di quel livello, quasi per ripercussione di quanto avviene nello strato soprastante od anche perchè un frammento o grosso strato non può scindersi al livello del piano inferiore ed è trascinato tutto in blocco, come se la parte minore fosse tratta a rimorchio dalla parte maggiore dalla quale è inscindibile. Ma non può negarsi appunto che le più volte si abbia tanto di terreno franato quanto occorra a riempire l'area vuota inferiore del fosso o canale, fin poco sopra alla massima pressione che avviene ad un terzo dal fondo, di regola; poichè la terra che riempie il fondo, ammassandosi agisce nel tempo stesso in senso di equilibrare l'ultimo tratto della parete profonda che trovasi a contatto con lo scarico già avvenuto della frana. La parete così d'un tratto equilibrata non risponde che

Digitized by Google

difficilmente alla comunicazione di riflesso della spinta cominciata nello strato superiore; talchè il pericolo di continuazione della frana riguarda quasi sempre la parte più in alto degli strati laterali allo scavo. Che se la frana comincia del tutto indipendentemente dallo smovimento dei primi strati verso la superficie e per semplice pressione ad un terzo dal fondo dello scavo (dove, come si disse, la pressione è massima), la terra contemporaneamente trascinata dagli strati sovrastanti giungerà in tempo per eliminare ogni possibilità che sotto al terzo a partire dal fondo del pozzo si estenda la spinta degli strati e la loro franabilità.

Ad ogni modo perchè lateralmente si sgretoli una parte di sottosuolo sottostante al piano del fosso ce ne vuole davvero e fa d'uopo che vi sia la concorrenza di varie circostanze, le quali aggravino la condizione di fatto e creino una posizione del tutto eccezionale e diversa dall'ordinaria. Il legislatore si occupa *de eo quod plerumque fit* e trascura le circostanze eccezionali, sia quelle conosciute, come quelle (correnti sotterranee d'acqua, ad esempio) che potrebbero rimanere sconosciute senza un'escavazione anche più profonda del fondo del fosso o canale. Poichè, anche nell'ipotesi che si tratti di un fosso o canale all'asciutto, e destinato a rimanere allo asciutto, non si conoscono le condizioni degli strati profondi, sottostanti al piano inferiore del fosso o canale. Anche più grave è il pericolo quando il fosso è destinato a ricevere acque di scolo o a partecipare, comunque, ad una sistemazione idraulica del fondo al quale esso appartiene: in tal caso tuttavia, che è più frequente degli altri, il Codice non ha creduto d'imporre cautele speciali che oltrepassino la così detta regola o misura ateniese. Sono però in ogni caso fatte salve le distanze maggiori che siano richieste dai regolamenti speciali: ed è naturale che si ammetta la possibilità di queste maggiori distanze, appunto e soprattutto per i terreni montuosi o posti in forte declivio, dove uno scavo di una certa entità possa involgere un pericolo considerevole per gli spazi sovrastanti ad esso e un fosso praticato inconsideratamente o con cautele insufficienti potrebbe produrre un vero sfacelo, un'alterazione generale di tutta la zona circostante, in alto e in basso, ed anche dai fianchi, una specie di sconvolgimento o

Digitized by Google

cataclisma artificiale, accompagnato da varie complicazioni più o meno disastrose alla proprietà privata ed eventualmente alla sicurezza stessa delle persone e senza dubbio quasi sempre alla coltura dei campi.

5. Questa distanza legale ordinaria od *ateniese* che deve essere eguale alla profondità dello scavo, come vorremo noi misurarla? L'art. 576 del Codice civile risponde con due ipotesi. La distanza si misura dal ciglio della sponda dei fossi o canali più vicina al confine: e per ciglio della sponda (1) s'intende l'angolo tra lo scavamento e la superficie estrema a contatto coll'aria esternamente al punto scavato e a contatto col principio dell'escavamento stesso. La misura poi si deve effettuare come in tutti gli altri casi: e se il terreno da questo ciglio al confine non è uguale, è d'uopo acconciarsi per via di parallele fino ad ottenere ugualianza di livello tra il ciglio, il confine e lo spazio intermedio, come se fossero posti su di uno stesso piano neppure lievemente ondulato. E ciò non solo perchè questa è la regola generale di misura delle distanze territoriali da punto a punto, ma anche perchè è evidente che le lievi ondulazioni del suolo non influiscono per nulla sulla spinta degli strati profondi. In questo calcolo, come si vede, la larghezza del fosso o canale non entra per nulla, quantunque la larghezza stessa possa influire nel senso che la parte sotterranea vuota di terra possa essere prima o dopo riempita dal basso all'alto, nel mentre la frana progredisce. Evidentemente, se il fosso sarà molto profondo e poco largo, il riempimento del fosso dal basso all'alto a un certo punto si confonderà colla frana del terreno dall'alto al basso, oppure colla terra spinta per la spanciatura a un terzo dal fondo dello scavamento; e, se il fosso è molto largo, occorrerà una maggiore quantità di terra per riempirlo e renderne la parte riempita come sostegno al progredire di una frana già iniziata o al sorgerne d'una nuova. L'altra ipotesi fatta dall'art. 576 è che il confine del fondo vicino si trovi in un fosso comune ovvero in una strada privata, ma

(1) V. voci *Ciglio d'argine* e *Sponda* nel « Vocabolario idraulico, tecnico e legale », situato in principio del volume precedente, secondo del trattato.

Digitized by Google

comune e soggetta a servitù di passaggio; nel qual caso la distanza si misura dal ciglio della sponda del fosso o canale di cui si tratta al ciglio della sponda del fosso comune, ovvero al margine o lembo esteriore della strada più vicino al nuovo fosso o canale: ferme le disposizioni relative alla scarpa.

A prima vista questa seconda ipotesi non riesce abbastanza chiara; perchè, effettivamente, può trattarsi della vicinanza di due fossi oppure di un fosso o canale con un fosso: questa è una delle posizioni di fatto contemplate nell'articolo 576. Ebbene, in tal caso di due fossi, sembrerebbe che lo spirito della legge dovesse ritenersi adempiuto solo col far correre da un fosso all'altro una distanza uguale alla profondità dei due fossi, considerati insieme; talchè, se un fosso (ad es.) fosse profondo tre metri e due metri l'altro, la distanza tra entrambi dovesse essere prescritta in cinque metri. Ma si è proprio sicuri che la legge abbia voluto questa soluzione nel caso nostro, di fronte ad un fosso comune di confine; fosso, il quale, essendo appunto comune, non appartiene più al proprietario del fondo in cui si pratica il nuovo fosso, che non appartenga al proprietario del fondo vicino, al confine col quale preesiste il vecchio fosso? Insomma l'ipotesi ha qualche cosa di simile collo scavo nel proprio fondo di due fossi l'uno accanto all'altro: e il fatto della comunione, implicando un vero cointeresse tra i due vicini, fa sì che più della legge il desiderio di non far male a sè stesso col far male al proprio vicino, trattenga lo scavatore del nuovo fosso da uno scavo imprudente o pericoloso.

La posizione, sotto questo punto di vista, è ben diversa da quella di due proprietari che scavino un fosso per ciascuno nel fondo proprio e che possano magari effettivamente trovarsi in collisione d'interessi tra di loro. D'identico non v'è che la posizione dei fossi, la conformazione del suolo e la distanza; ma questi estremi prescindono affatto dalla posizione giuridica quale scaturisce dal diverso interesse di due proprietari, perchè possa delinearsi un contrasto a base del rapporto di vicinanza. Certo se ciascuno dei due fossi si trovasse in una delle due proprietà confinanti, la distanza tra l'uno e l'altro di essi verrebbe ad essere uguale alle due profondità di entrambi, perchè il confine servirebbe come punto

Digitized by Google

di partenza per la misura d'una distanza uguale alla profondità, e, anzi, d'una profondità uguale alla distanza, pria che il fosso stesso venisse ad essere scavato. Dunque concludiamo pure che l'esistenza del fosso comune al confine, se pure influisce nella modalità materiale della misura da ciglio a ciglio e non dal ciglio del nuovo fosso alla metà della sezione del vecchio fosso, non influisce però affatto pel computo della distanza, la quale si determina come se il fosso di confine non esistesse punto e in suo luogo vi fosse della terra piana e perfettamente liscia. Il fatto che così il fosso come la strada di confine sia comune tra le due proprietà vicine conduce a questo, che la distanza non si misura dalla metà, la comunione essendo *pro indiviso* e non *pro diviso*, ma bensì dal ciglio del fosso ovvero dal margine o lembo esteriore della strada più vicino al nuovo fosso. Infatti così in tutto il fosso di confine come in ogni sua parte, essendo esso comune, sono uguali i poteri di entrambe le parti e così l'una come l'altra può estrinsecare un diritto qualitativamente e quantitativamente identico: per la qual cosa lo stesso diritto proibitivo è in ciascuna di esse rispetto all'altra per quanto concerne la violazione del rapporto di distanza ragguagliato alla profondità dell'escavazione. Questo significa abbondare nel sistema delle precauzioni, non mancare di cautele. Che sarebbe accaduto se il legislatore, partendo da un ragionamento opposto, avesse in questo caso prescritto tra i due fossi una distanza uguale alle due profondità dei fossi stessi? Il fosso primo scavato, si noti bene, è quello di confine tra le due proprietà; ossia precisamente quello che è comune ai due vicini. Orbene: come si sarebbe potuto fare per scavarlo ad una distanza dal confine di uno dei due vicini o di entrambi essi uguale alla sua profondità, dal momento che esso stesso è al confine (anzi forse segna il confine) e che non è praticato in un terzo fondo diverso dai due che appartengono rispettivamente a ciascuno dei due comunisti del fosso?

L'impossibilità pertanto di sistemare il fosso comune rispetto alla prescrizione della distanza, proprio perchè manca il punto di partenza della distanza stessa, è la dimostrazione più lampante dell'impossibilità di regolamentare l'ipotesi a base di distanze secondo il disposto dall'art. 575 Cod. civile.

Digitized by Google

Nè di quest'impossibilità è a farsi meraviglia, perciocchè mancherebbe lo scopo della precauzione, allorchè è uguale il pericolo e uguale sarebbe il danno per entrambe le parti. Uguali precauzioni a favore di entrambi e contro entrambi, nel rispettivo rapporto di vicinanza, si traducono naturalmente in nessuna precauzione nè da una parte nè dall'altra: l'elisione delle due posizioni giuridiche contrapposte è cosa troppo logica e fin troppo naturale, poichè non v'è luogo a prescrizione di legge se vi è compensazione, ma bensì se vi è contrapposto vero d'interessi che si traduca in un rapporto violento di vicinanza, in ordine al quale la legge giuridica ha il còmpito di ristabilire la regolarità e la conciliazione. Quanto alla sicurezza effettiva del terreno allorchè esso è così accidentato per la vicinanza dei due fossi, tenuto anche conto della possibilità che il terreno intermedio tra l'uno e l'altro fosso sia lavorato alquanto profondamente, certo non si può escludere che la sicurezza stessa venga ad essere minore di quanto sarebbe se tra un fosso e l'altro intercedesse una distanza uguale alle due profondità, ossia alla profondità dell'uno e a quella dell'altro fosso. Ma tuttociò non importa al Codice civile: il Codice è diretto, per questa parte, a regolare un rapporto che ordinariamente non riguarda se non i proprietari dominanti e non influisce sui proprietari finitimi: poichè, se si trattasse di tutta una zona di territorio, evidentemente dovrebbe riconoscersi la competenza dei regolamenti locali e a questi regolamenti dovrebbe domandarsi una sistemazione, la quale è sottoposta a variare a seconda dei luoghi ai quali si riferisce. Se i regolamenti locali non se ne preoccupano è segno certo che esula del tutto ogni specie di pubblico interesse e che si è voluto completamente lasciare in balìa dei privati questo importantissimo ramo di relazioni di vicinanza: non invano nè fuor di ragione, per le cose dette. In tal caso vero e proprio rapporto di vicinanza non si ha che parzialmente; e se la legge ha prescritto che la distanza si misuri dal ciglio della sponda più vicina al confine, ha già fatto tutto il possibile, dal punto di vista delle precauzioni, perchè questo ciglio rappresenta il limite estremo del rapporto di comunione: limite, al di quà del quale comincia la proprietà esclusiva dello scavatore del

Digitized by Google

nuovo fosso e al di là del quale, fino alla sponda opposta, si trova attuato il sistema della comunione o del fosso comune in cui nessuna esclusività di diritti si appalesa, ma quel contemperamento dominicale che esclude e assorbisce altri contemperamenti minori, i quali possono avere attinenza con diritti frazionari della proprietà.

Quid iuris se tra i due fossi di cui si tratta si trovi un territorio intermedio, non appartenente nè all'uno nè all'altro dei due proprietari, ossia nè al proprietario o proprietarî comunisti del fosso preesistente, nè al proprietario del fosso che si tratta di costruire? In tal caso il rapporto sta tra il proprietario che intende di costruire il nuovo fosso e il proprietario o proprietari del fondo più vicino: talchè, applicandosi la regola generale, il calcolo della distanza parte da una linea regolare e certa di confine e non vi è luogo a dubitare se si debba tener conto di cigli o di sponde. Ed è naturale che, per quanto possa esser piccolo un frustolo di terreno altrui intercedente tra due pezzi di territorio proprio, la distanza di un fosso scavato sul terreno proprio, in una delle due parti che racchiudono il terreno altrui, deve calcolarsi da quel piccolo frustolo intercettato, nel luogo dove esso confina col fondo sul quale lo scavo va ad operarsi. Così, se il proprietario pratica un fosso da una parte e l'altro dall'altra del frustolo intercettante, la distanza tra i due fossi sarà data dalla somma della profondità di ciascuno di essi, più la larghezza del frustolo intercettato medesimo, sulla linea o sulla zona lineare che va da un fosso all'altro. Come si vede, questa posizione di diritto e di fatto è ben diversa da quella che si avrebbe nell' ipotesi che frustolo intercedente non vi fosse, perchè in quel caso non sarebbe prescritta alcuna distanza tra due fossi appartenenti ad un medesimo proprietario; oppure da quella che si avrebbe nell'ipotesi di un fosso praticato in un territorio, al cui confine con altro territorio preesistesse un fosso comune. Quel frustolo che interrompe, sia pure per poco tratto, la continuità da una ad altra parte del medesimo fondo, ha l'efficacia di cambiare tutto quanto il rapporto giuridico, perchè cambia la posizione di fatto e di diritto. Dove sarebbe il rapporto di vicinanza, se alla considerazione di una vicinanza più prossima si so-

Digitized by Google

stituisse la considerazione d'una vicinanza più remota? La vicinanza è un termine relativo sino al punto, che senza dubbio la vicinanza più prossima mette fuori causa e fuori interesse d'una tutela legale la vicinanza più remota, sul prolungamento d'una stessa linea di confine. Che dire nell'ipotesi di un frustolo di terra intermedia staccato per destinazione del padre di famiglia da un fondo grande che prima lo racchiudeva e in cui finisce col trovarsi incastrato? La posizione di diritto è forse diversa da quella di fatto, sol perchè l'origine o la fonte o la nascita del rapporto si riconnette al frazionamento d'una proprietà originariamente unica? No, per certo: si deve aver riguardo alla situazione attuale, e su di essa, considerata in ogni suo rapporto giuridico, si vuol determinare ciò che costituisce la vera entità del rapporto di vicinanza, senza altre preoccupazioni, senza ricerche retrospettive o considerazioni oziose in ordine alla genesi dello stato di fatto e di diritto.

Evidentemente inoltre, se le sponde del fosso o canale da costruire, oppure le sponde del fosso comune, o il margine o lembo esteriore della strada dalla quale si deve misurare la distanza sono irregolari, nel senso che non rispondano ad una linea retta ma ad una linea curva o frastagliata o comunque obliqua, la distanza deve corrispondere a queste variazioni diverse nella sezione; perchè è nello spirito, se non nella lettera, della legge, che la distanza prescritta debba stare riguardo ad ogni tratto dello scavamento. Se no, evidentemente, basterebbe uniformarsi alla distanza legale per un sol tratto del progettato scavamento, e forse nel principio o al fine di esso, per esser sicuri di sottrarsi per il resto dell'opera ad ogni altra prescrizione di questo genere: vale a dire che la legge stessa avrebbe da sè offerto il modo per essere elusa o artifiziosamente violata senza apparire di violarla. Questa misura non potrà certo essere in niun caso rigorosamente precisa per ogni tratto del confine o fosso preesistente e per ogni tratto del fosso che si costruisce di nuovo; ma le differenze minime sfuggono ordinariamente e all'interesse delle parti e alle cautele preventive di qualsiasi legge o regolamento.

Del resto, inconvenienti di natura simile soventi volte pos-

Digitized by Google

sono verificarsi al confine tra due proprietà, pur senza altro e speciale rapporto di vicinanza e senza che la presenza di opere determinate aggravi od acuisca in qualsivoglia modo le irregolarità nei rapporti inevitabili tra un vicino e l'altro. E, se, come nel caso dei confini, non si tratta che di rettificare le misure, la cosa diventa di così poca importanza, da non doversi disperare di potervi giungere anche per accordo tra le parti; od anche, se mai non bastasse l'accordo, per mezzo di rimedi possessori qualora dapprincipio le distanze volute si fossero per ogni parte osservate e solo in seguito, magari senza alcuna intenzione dolosa e per semplice svista od anche per trascuranza nei lavori agricoli, si fossero per qualche parte violate. E infatti, è forse prudente trasportare una lite nel petitorio, allorchè più economicamente e in sede di semplice possessorio (non essendovi contestazione sull'esistenza del diritto alla distanza, ma ogni differenza cadendo unicamente sul calcolo di questa distanza stessa) si comprende di potere ottenere egualmente l'intento? No, senza dubbio: ingrandire le cose piccole è sempre pericoloso, molto più pericoloso quando si tratta di sostenere una causa dinanzi al giudice.

D'altro canto, non meno pericoloso e biasimevole sarebbe impicciolire, con amplificazione a rovescio, le cose grandi. Così, poichè l'art. 573 del Codice civile, 1° alinea, prescrive la distanza di almeno un metro dal confine dei tubi di latrina, di acquario o di acqua cadente dai tetti od ascendente, appunto quando si tratti di un fosso o canale destinato a servire di veicolo a materie immonde o corrodenti, sembra che, quale che ne sia la profondità, la distanza dal confine del vicino non possa essere minore di un metro: salve sempre le maggiori distanze da stabilirsi per ministero di giudice nell'ipotesi che la distanza di un sol metro non bastasse per togliere di mezzo il danno del vicino, grazie a certe determinate circostanze di fatto e specialmente di luogo. Qualcuno potrebbe credere che si trattasse qui d'una azzardata disposizione analogica che finisca col condurci lontano dallo scopo voluto dal legislatore e dal legislatore testualmente indicato nella formula dell'art. 573. Invece noi stimiamo che, per quanto i più abbiano ritenuto e ritengano applicabile al caso

Digitized by Google

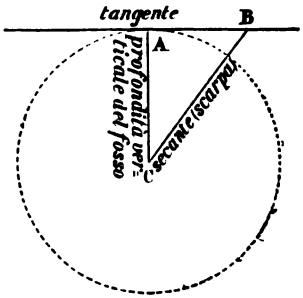
il primo alinea dell'art. 573, non sia inesatto, anzi sia molto più logico ritenere applicabile il primo comma ossia la prima parte dello stesso art. 573, che riguarda i pozzi neri, le *fosse* di latrina o di concime e persino i pozzi d'acqua viva e le cisterne che si vogliono aprire presso un muro comune od altrui. E infatti, qual differenza corre tra una *fossa* di latrina o di concime e un fosso o canale che si faccia servire come deposito o come veicolo di materie immonde? Poichè del resto il legislatore ha voluto stabilire una distanza meno rigorosa per i fossi, allorchè si fosse trattato di sola solidità territoriale negli strati più o meno sotterranei, ed una distanza più rigorosa, anzi fissa, allorchè si fosse trattato d'igiene o di odori in genere; noi dobbiamo rispettare in ogni caso quest'intenzione del legislatore. Non basterebbe neppure appellare alla differenza che corre tra una fossa in cui il concime stia fermo (un vero letamaio o sterquilinio) ed una fossa o canale in cui il letame o sterco sia di tratto in tratto allontanato a mezzo di opportuno sistema di drenaggio. Il fatto è che in questa ipotesi noi non ci troviamo più nei termini d'una distanza ragguagliata alla profondità, allo scopo di evitare frane sotterranee, o scoscendimenti interni, o smottamenti, o tuttociò che in genere può aver rapporto alla poca stabilità degli strati di terra o può esserne conseguenza: ci troviamo bensì nei termini di un danno di natura diversa e sotto certi aspetti più grave, specie dal punto di vista igienico, che quello non sia derivante dal pericolo per le altre eventualità suaccennate; e per giunta in presenza di un danno effettivo (diverso dal pericolo eventuale) ch'è immanente per tutto il periodo della durata del deposito delle materie immonde. Ed ecco perchè fa d'uopo d'una tutela speciale.

6. Non basta la distanza tra il ciglio del fosso e il confine tra i due fondi vicini, ma occorre anche un altro requisito che il Codice ha previsto e determinato per la regolarità dello scavamento. Questo requisito è l'inclinazione della sponda a tutta scarpa, oppure la munizione della sponda stessa con opere di sostegno: è l'art. 576, prima parte, che lo dice espressamente. Che cosa sia la scarpa, è inutile dimostrarlo: solo noi ci occuperemo della quantità d'inclina-

Digitized by Google

zione di questa scarpa, senza preoccuparci della sua forma, cioè se a scalini, a cordonata o via dicendo; poichè questa forma nulla toglie al calcolo delle forze nella loro meccanica efficacia. Evidentemente, dovendosi determinare la pendenza della scarpa, noi dobbiamo cercare di avvicinarci alla pendenza naturale, ossia alla inclinazione che prenderebbe naturalmente da sè la terra stessa, qualora senz' altro fosse abbandonata agli effetti del suo stesso scoscendimento senza alcun riparo. Il peso ed il coefficiente d'attrito tra terra e terra, il modo come la terra è composta o costipata, il sovraccarico di essa costituiscono altrettanti elementi di cui è funzione la distanza che il Codice ha voluto stabilire prescindendo dall'inclinazione del terreno confinante e dall'essere questo modificato o no per via di manufatti. L'angolo di attrito o angolo della scarpa, non essendo però determinato espressamente dal Codice, lascia libero il campo alle regole dell'arte e alla tecnica delle forze meccaniche: per la qual cosa è di capitale importanza per noi il determinare in gradi l'inclinazione che la terra deve serbare nella scarpata. Per questo effetto i tecnici hanno stabilito una formola composta degli elementi seguenti: π o peso di un metro cubo di terrapieno o di scarpa, α o altezza verticale del terrapieno dall'estremità del fondo, γ o forza di coesione fra le terre di cui si compone il terrapieno per ogni mq.; il tutto calcolato in cg. Chiamando φ l'angolo della scarpa con la verticale α, la formola della inclinazione della terra nella scarpata è

$$\text{tang.}\,\varphi = \frac{\pi^2\,\alpha^2 - 16\,\gamma^2}{8\,\pi\,\gamma\,\alpha}:$$



ordinariamente l'angolo a 45 gradi è un valore medio che corrisponde alla buona qualità della terra (1). La figura qui accanto, innestata in un circolo ideale avente centro in C, ci dà la sezione laterale del fosso e della scarpa che è praticata nella profondità del fosso stesso: e ciò serva per maggiori schia-

(1) Il valore del γ risulta da dati empirici che si possono ritenere determinati nella tabella seguente; in ordine alle roccie non soggette ad

Digitized by Google

rimenti circa l'impostazione dei singoli dati che si contengono nella formola sopra esposta. Ma questa scarpa, così inclinata come ci risulta dalla formola, non potrà corrispondere mai e poi mai con perfetta esattezza a ciò che può dirsi la portata di una scarpata naturale, quale si formerebbe forse per un lento e graduale scivolio o sgretolamento del fianco o sponda del fosso in progressione di strati sotterranei, dalla superficie *AB* del territorio sul quale il fosso stesso è stato praticato. Converrebbe tener conto di mille circostanze, tra le quali richiameremo o aggiungeremo alle già dette anche il sopraccarico, la stratificazione, le acque d'infiltrazione, l'attrito sul piano di distacco. Quanto al distacco, come fatto dipendente dallo scavo, è a notarsi che sulla zona circostante allo scavo stesso, qualora si consideri come abbandonata a sè e priva di opere di protezione o di cautele speciali, si tendono a distaccare due prismi: l'uno più vicino alla scarpa naturale e che anzi corrisponde alla inclinazione della scarpa stessa (*ABC*), ma che per ragioni di coesione in forza di scoscendimento è meno distaccabile dell'altro ch'è più lontano dalla scarpa trovandosi tra il primo e la verticale *AC* e che risente di più della forza di scoscendimento il cui massimo si trova all'angolo tra il punto di distacco e la verticale stessa.

L'altezza α della scarpa si calcola in circostanze normali per mezzo della formola $\alpha = \frac{4\gamma}{\pi}$. Il coefficiente γ però au-

---

alterarsi per la gelata e con ragguaglio ad una misura unitaria come base della scarpa:

Roccie tenere 3	Argilla 0,5
Sabbie o ghiaie 1,50	Creta 0,80

Terre sciolte o leggiere 1.

Così, quando si conosce l'altezza di un fosso e la qualità della terra che compone il fosso stesso, è agevole cercare l'angolo della scarpa, desumendolo dal rapporto fissato nella tabella suindicata, che appunto sta a determinare l'altezza della scarpa. Allorchè si tratta di una roccia tenera, la scarpa dovrà essere per tre volte dell'altezza del fosso inclinata dal ciglio della sponda alla base del fosso stesso. Sopra una base di m. 0,50 si avrà così una scarpa di m. 1,50, che, scendendo sul piano del fosso, tocchi appunto l'estremo dei m. 0,50 di base del fosso stesso; e così in proporzione secondo le dimensioni nel caso pratico.

Digitized by Google

menta col tempo durante il quale le particelle della terra si lasciano in contatto e colla compattezza della terra di cui sono formate: in esso la forza di coesione si ragguaglia all'unità di superficie che varia a un dipresso da cg. 0,000136 a cg. 0,000568 per millimetro quadrato nella media delle terre comprese tra le sciolte e le più forti. Però converrebbe tener conto della circostanza che la sponda di un fosso semplicemente scavato nel terreno non è la stessa di quella di un fosso rivestito di acciottolato o *cunetta;* ed anche della costruzione d'un fosso con *fondo a scaglioni,* che di solito si pratica quando trattasi di terreno di facile escavazione e con forte pendenza, allo scopo di diminuire la velocità delle acque e di evitare le corrosioni. Può anche accadere che una sponda sia divisa, ad una certa altezza, da banchine: nel qual caso si può variare l'inclinazione della sponda stessa; ma pure, se le banchine non fossero costruite a regola d'arte, in modo da compromettere l'efficacia della scarpa, converrebbe riformarle o distruggerle per attuare quel sistema di garanzie tecniche che la legge vuole adottare nei rapporti col fondo vicino. Specialmente poi se vi è argilla, dovendosi questa ritenere come la causa principale della degradazione delle scarpe, è necessario procedere con molte cautele: e così anche se le roccie presentano fenditure e dislocazioni, oppure se le roccie sono soggette ad alterarsi per il gelo. Tutto questo non aumenta la distanza legale dello scavo dal confine, ma influisce sul modo di costruire la scarpa, ossia soprattutto sull'inclinazione della scarpa stessa, nel senso che questa debba essere più o meno pronunciata a seconda dei casi. Se le parti sono d'accordo circa le modalità di costruzione della scarpa e finchè quest'accordo regge, va tutto bene; ma la cosa cambia di aspetto quando è chiamato a pronunciare il giudice, il quale deve necessariamente sentirsi quasi del tutto incompetente nel merito della questione tecnica. E anche il perito, richiesto dal giudice, pur recandosi sopra luogo, non potrà rendersi un conto esatto dello stato delle cose senza esaminare la zona territoriale del vicino adiacente al fosso da costruirsi ed esaminarla fino nelle sue parti profonde: per la qual cosa egli stesso dovrà per gran parte limitarsi alla applicazione di quei dati empirici che abbiamo esposto in

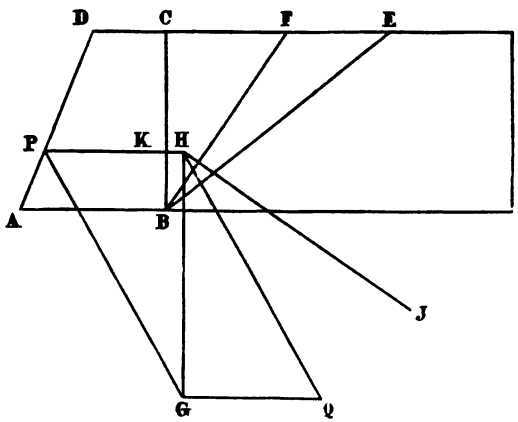
Digitized by Google

nota, ma che del resto non sono neppure costanti e pacifici tra gli autori. La soluzione geometrica del quesito tuttavia, allorchè se ne siano fissate le basi tecniche, si riduce completamente alla misura dell'angolo tra la scarpa e la verticale o tra la scarpa e il piano adiacente del terreno considerato in linea parallela alla parete superficiale. Conosciuto l'angolo, è ovvio costruire la scarpa domandata per il caso speciale, ma non già colla pretesa che i dati della scarpa stessa abbiano a conservarsi tali e quali in eterno, bensì con intesa che questa determinazione della scarpata rimanga *rebus sic stantibus*, vale a dire fino a che si conservano le circostanze di fatto sulle quali è fondato il calcolo. Domani un sopraccarico maggiore, a mo' d'esempio, oppure la manifestazione di una vena d'acqua, della quale prima non si conosceva l'esistenza, renderà indispensabile una maggiore inclinazione e magari opere speciali.

Se non si vuole o non si può per una ragione qualsiasi costruire una scarpa (tra le ragioni della difficoltà può anche annoverarsi la strettezza della camera od apertura interna del fosso), la voluta sicurezza della zona territoriale adducente al fosso può conseguirsi a mezzo di apposite opere di sostegno. La legge non dice come queste opere di sostegno debbano praticarsi nè di qual materia debbano essere formate; e però anche qui è pienamente libero il campo a considerazioni d'ordine tecnico. A questo riguardo è di suprema importanza il calcolo della spinta che la parete di terra adiacente al sostegno esercita sul sostegno stesso, anche se questo è un muro massiccio. Lo spessore medio dei *muri di sostegno* o *di rivestimento*, secondo i risultati dell'esperienza, oscilla tra $^1/_5$ e $^1/_4$ della loro altezza, tenendo la grossezza al piede del muro di $^1/_6$ più forte che alla sua cima: con che però anche alla sommità del muro lo spessore di cui si tratta non sia minore di m. 0,75. La teoria di questo calcolo della spinta non manca però di una certa complicazione. Conviene partire dal punto di vista sopra svolto che la spinta più propriamente e più direttamente proviene al muro verticale *ABCD* non da tutta quanta la zona prismatica compresa tra quella che sarebbe la pendenza della scarpa naturale *EB* e la parete *CB* del muro di sostegno, ma da una zona prisma-

Digitized by Google

tica *CBF* costruita per sezione sulla metà dell'angolo *CBE*: questo risulta da calcoli matematici che sarebbe troppo lungo esporre. Ora si tratta di calcolare il volume e il peso di questo prisma *CBF* e di scomporre il peso in due forze *P* e *Q*, delle quali la prima orizzontale ossia perpendicolare alla superficie del muro, e la seconda pronunciata in *HQ*, talchè l'angolo *QHJ* (la *HJ* sia perpendicolare alla *BF*) riesca eguale all'angolo



GHQ. La forza *PH* agisce contro il muro di sostegno, ma la forza *HQ* preme contro *BE* la terra sottoposta a *BF*. Il parallelogrammo *HQGP* dà la grandezza di queste forze, la cui spinta *P*, sostenuta dal muro, è l'unica che ci interessa ed esercita in *K*, cioè ad $^1/_5$ dal piede della retta *CB* ossia dell'altezza totale del muro, la sua spinta nella spessezza del muro di sostegno: e ciò senza tener conto della coesione della massa terrosa.

Il calcolo di un muro di terrapieno è basato appunto sulla equazione che stabilisce l'equilibrio tra la spinta della terra e la resistenza del muro stesso al rovesciamento ed allo scorrimento; il quale ultimo però, in pratica, non ha luogo quasi mai. Per i fossi basta considerare i due casi del muro con scarpa esterna e paramento interno verticale, ovvero con entrambi i paramenti verticali. Supponendo il muro alto come il terrapieno e questo spaccato orizzontalmente (esclusi i muri a secco e quelli sdraiati), si indichi con *s* lo spessore del

Digitized by Google

muro alla base, con h l'altezza del muro o del terrapieno, con π il peso per mc. di terra (dato dalle apposite tabelle per le varie nature delle terre stesse; in media cg. 1600), con π_1 il peso al mc. della muratura (dato anch'esso dalle apposite tabelle secondo le varie specie di muratura, in media di cg. 2200), con φ l'angolo della scarpa naturale della terra coll'orizzonte (dato dalle tavole per le terre di diversa natura, in media 46° 50'), con m la tangente dell'angolo che la scarpa o paramento esterno del muro fa colla verticale, si ha la seguente formola:

$$s = 0{,}574 \sqrt{\left(1{,}80 \frac{\pi}{\pi_1} \text{tang.}^2 \frac{90 - \varphi}{2} + m^2\right)}.$$

E, poichè l'angolo al quale è tangente la m diventa eguale a zero se il paramento esterno del muro è verticale, in tal caso l'angolo φ è retto ossia eguale a 90° e la formola diventa:

$$s = 0{,}774 \text{ tang.} \frac{90^0 - \varphi}{2} \sqrt{\frac{\pi}{\pi_1}}.$$

Nell'ipotesi invece che il terrapieno abbia la superficie inclinata, pure essendo alto come il muro, per il primo caso si ha la formola:

$$s = 0{,}574 \sqrt{\left(m^2 + 0{,}80 \frac{\pi}{\pi_1} \frac{\cos.^2 - \varphi}{1 + \sqrt{\text{sen.}\varphi \cos.\varphi\,(\text{tang.}\varphi - c)}}\right)^2}$$

e per il secondo caso si ha:

$$s = 0{,}77 \frac{4 \cos.\varphi}{1 + \sqrt{\text{sen.}\varphi \cos.\varphi \sqrt{\text{tang.}\varphi - c}}} \sqrt{\frac{\pi}{\pi_1}}.$$

Secondo i vari casi, vi sono poi formole empiriche del VAUBAN, del BULLET, del MINARD, del FRANÇAIS, dello HAGEN, dello SGANZIN, del REDTENFACHER, del PONCELET, ecc. ecc. Volendo fare un confronto tra le diverse specie di muri di sostegno rispetto alla loro stabilità ed al loro volume, si hanno vari risultati importanti. Il muro a paramento verticale è fra tutti il meno vantaggioso, poichè a parità di stabilità con tutti gli altri richiede la maggior quantità di ma-

Digitized by Google

teriale, ed a parità di volume presenta minore stabilità. A pari stabilità, gli tengon dietro in ordine decrescente di cubatura di muro i seguenti muri: *a*) muro con paramento interno a scarpa e fronte verticale; — *b*) muro con paramento esterno verticale e interno a strapiombo; — *c*) muro retto con contrafforti interni; — *d*) muro con paramento esterno a scarpa e l'interno verticale; — *e*) muro con entrambi i paramenti inclinati; — *f*) muro sdraiato; — *g*) muro a profilo curvo (in uso specialmente in Inghilterra); — *h*) muro a paramenti verticali con contrafforti esterni. Il confronto però dei muri dal lato del volume non è di assoluto vantaggio sotto il riguardo economico, se non si completa anche dal punto di vista del costo medio corrente per metro, essendovi muri che per una data resistenza richieggono minor volume e costano assai di più per difficoltà di esecuzione. Per i tipi di muri più comunemente adottati può aversi la seguente formola empirica, ponendo $\frac{1}{n}$ la scarpa per ogni metro di altezza, s lo spessore al ciglio del muro, h l'altezza e tenendo fermi i dati precedenti: $s = 0{,}304$ per i muri pieni verticali e per i muri pieni con scarpa interna:

$$s = \frac{h}{n}\left(-1 + \sqrt{\frac{0{,}27\,n^2 + 1}{3}}\right).$$

Del resto, quasi sempre in questa materia si giunge a concludere con formole empiriche, perchè è impossibile tener conto di tutti quanti i dati che concorrono a determinare la posizione di fatto di un fosso rispetto alle zone laterali di territorio. Se del resto si tratta di fossi rurali ordinari, praticamente l'opera è di minor importanza che teoricamente non possa sembrare e val più talora un po' di buon senso e di pratica dei luoghi e delle consuetudini locali perchè si possa sistemare convenientemente questo rapporto di vicinanza. Solo quando si fanno scavi per la industria estrattiva si può rendere accidentata tutta quanta una zona di territorio con pericolo grave del vicino; oppure la condizione di cose può essere aggravata da uno speciale sopraccarico che renda meno stabili gli strati più prossimi alla superficie

Digitized by Google

esterna. Una circostanza sarebbe importantissima: quella cioè di esaminare bene il sottosuolo e di vedere se vi sono strati eccessivamente permeabili alle acque e se vi sono vene d'acqua o filtrazioni di una certa importanza. Ma, come si disse, non solo per tener conto di questi e di altri fattori occorrerebbe una perizia sopra luogo, bensì anche sarebbe necessario esaminare le condizioni del sottosuolo, esponendo il terreno a pericoli non molto diversi o minori (finchè il lavoro di esplorazione si effettua) di quelli che si vogliono evitare colla determinazione delle cautele occorrenti per la costruzione del muro di sostegno. Dalle cautele o regole generali è bensì opportuno e logico non esimersi in niun caso, sotto pretesto di speciali od eccezionali condizioni dei luoghi o per la ragione di una speciale compattezza e durezza degli strati sotterranei. Molte volte il fosso sarà di così poca importanza, che le ragioni di buon vicinato basteranno per risolvere di comune e pieno accordo la questione delle cautele da praticarsi nelle opere di sostegno.

7. Invece di essere scavato presso ad un fosso o ad una strada comune, il fosso di cui si tratta può essere praticato presso ad un muro comune. Evidentemente, tanto il fosso e la strada, quanto il muro comune debbono trovarsi al confine tra i due fondi; in caso diverso come e perchè dovrebbero essi essere comuni? Ora, si domanda come mai il muro comune non debba essere compreso in una stessa ipotesi col fosso e colla strada, e perchè invece il Codice ne formi oggetto di una diversa disposizione, stabilendone così due, una delle quali impone la distanza e l'altra no, anzi ne esclude espressamente la necessità. E l'ipotesi anzitutto è per un territorio situato in pianura; perchè, se si trattasse di un terreno inclinato, il muro potrebbe essere certamente di qualche utilità per sostenere la terra tendente ad aggravare le condizioni di declivio. Rimanendo dunque in questa ipotesi e considerandola come normale, dobbiamo andare in cerca di una ragione tecnica la quale giustifichi il provvedimento della legge; legge che non ha considerato il rapporto di comunione di regola generale come esclusivo di ogni limitazione a causa della distanza, ma ha distinto tra i casi in cui

Digitized by Google

la distanza è necessaria ed i casi nei quali la distanza non è necessaria. Il muro di confine rustico ordinariamente ha piccole fondamenta e non altera neppure col sopraccarico, sensibilmente, le condizioni statiche del terreno sul quale sorge: comunque sia, la prescrizione delle opere necessarie ad eliminare ogni danno sembra che basti a garantire da questo lato del cambiamento poco sensibile delle dette condizioni statiche, e cioè sino a garantire l'integrità del fosso che si costruisce come a garantire la saldezza del preesistente muro comune di confine. Ma ad ogni modo rimane sempre inesplicabile l'inciso — *non è necessaria la suddetta distanza* — dell'art. 577 del Cod. civ. Come non è necessaria la distanza eguale alla profondità, sol perchè al confine esiste un muro comune; se questa distanza è prescritta non esistendo il muro? Forsechè la esistenza del muro elimina il pericolo che si dirupi la terra sulla sponda del fosso da costruire e seco travolga vicini e lontani strati sotterranei; semprechè, beninteso, si tratti di terreno in pianura o in lieve ondulazione? Forsechè le opere cautelari preventive imposte dallo stesso art. 577 assorbiscono la cautela ateniese della distanza? Ma allora perchè non l'assorbiscono se invece al confine non v'è muro, nè strada, nè fosso comune? Del resto, non è questione sul modo di calcolare la distanza, nè questo modo esercita alcuna influenza sulla necessità o meno di richiedere l'estremo della distanza stessa; perchè, se mai, un riguardo alla posizione giuridica del muro comune potrebbe tradursi nel prendere come punto di partenza per la misura della distanza la parete del muro più vicina al fosso da costruire, ossia il punto dove finisce, nella direzione del muro comune, la zona territoriale sottoposta alla libera disponibilità *iure proprietatis* del proprietario del terreno dove deve praticarsi lo scavo del fosso. Insomma, il muro comune potrebbe esercitare una certa influenza, logicamente, sul modo di calcolare la distanza eguale alla profondità, ma non pare sotto alcun punto di vista che possa eliminare la necessità di una distanza prescritta quando muro comune non esiste e come regola generale dall'art. 575 Cod. civ. Forsechè la presenza di un muro comune equivale a rinunzia da una parte e dall'altra a quelle distanze che rispettivamente possono essere prescritte

Digitized by Google

da necessità pratiche per assicurare lo stato del terreno? Non sembra, perchè all'epoca della costruzione del muro comune probabilmente nessuno dei comunisti aveva pur lontanamente in capo di prevedere l'ipotesi dello scavo di un fosso, da una parte o dall'altra del confine: questa posizione futura poteva essere anche al di là, non pure di ogni previsione, ma di ogni prevedibilità ragionevole e fondata. Forsechè la costruzione di un muro comune è la affermazione concorde di entrambi i comunisti di volersi riserbare piena ed intiera libertà di azione negli scavi? Ma allora non solo si dovrebbe abolire la distanza, bensì ancora si dovrebbero abolire o ritenere inutili le opere atte a prevenire il danno: il che la legge non ha creduto fare ed avrebbe anche fatto male di fare se lo avesse fatto. Una piccola ragione può giustificare il particolare riguardo avuto dal legislatore per la circostanza del muro comune ritenendo di poterne fare un'eccezione alla regola generale della distanza. La ragione potrebbe consistere in questo, che il muro è un manufatto di un certo costo e la cui integrità deve essere egualmente molto a cuore dell'uno e dell'altro dei comunisti. Ma e chi ci dice che, a parte il fosso comune, la strada comune o soggetta a servitù di passaggio non debba costare quanto il muro comune e forse più? Chi ci dice che una strada comune o soggetta a servitù di passaggio non possa avere pel comunista o per l'esercente della servitù di passaggio lo stesso valore od un valore anche maggiore di quello che ha o può avere un insignificante muro di confine comune tra le parti? E poi chi ci dice che le cautele delle parti per scongiurare un danno comune debbano sempre considerarsi in ragione diretta del valore della zona comune, occupata o no da manufatti; oppure chi ci dice che il sentimento di animosità o di rivalità tra le parti non possa eventualmente persuadere una di esse a sacrificare più o meno il proprio interesse per nuocere all'altra parte e quindi anche, in proporzione, a sè stessa? Dove è dunque la ragione tecnica o non tecnica, teorica o pratica, che possa giustificare questa diversità di legislazione? Francamente, per quanto vogliamo riflettervi, una simile ragione non si trova: e si ha un bel dire che bastano le cautele fissate dalla legge e che la legge chiama *opere atte ad impedire ogni danno;* poichè, se queste opere

Digitized by Google

bastassero, essendo sempre richieste la scarpa od apposite opere di sostegno allorchè pur si prescrive la distanza eguale alla profondità, sarebbe quasi inutile prescrivere in altri casi quella distanza che nel caso in oggetto si ritiene superflua. Ma, poichè tali distanze in molti casi pur sono richieste, e sono richieste insieme colle scarpate e colle opere di sostegno, non si vede assolutamente come e perchè se ne possa fare a meno nel caso determinato di fosso che si voglia costruire in prossimità di un muro di confine che sia comune tra i due fondi confinanti. Non è detto che queste opere atte ad impedire ogni danno siano maggiori e più importanti delle scarpate o delle opere di sostegno; mentre appunto il più delle volte si traducono appunto in queste scarpate e in queste opere e non in altre, poichè la natura dei luoghi non lo consente nè lo comporta l'indole dello scavamento. La conclusione è che, da qualunque punto di vista si esamini la posizione giuridica dello scavamento del fosso, si trova che lo scavamento è sempre quasi egualmente pericoloso, siavi o no al confine un muro comune, nulla togliendo l'esistenza di un tal muro alla possibilità d'un franamento o d'uno scoscendimento nella parete del fosso da costruire la quale corrisponde alla parete del confine del fondo vicino.

Molto più le cose dette devono tenersi ferme, allorchè il fosso o canale di cui si tratta è destinato a contenere acque sia correnti come stagnanti, le quali, logorando lentamente le sponde, possono anche costituire un pericolo permanente alla solidità o consistenza del fosso stesso o canale. In questi casi molto potrà giovare la rivestitura del fosso stesso o canale, specie alle sponde, di opere in muratura, le quali si spingano ad una profondità alquanto maggiore del letto per evitare la riproduzione del pericolo e la causale del danno nell'ipotesi di un lento lavoro delle acque conducente ad un maggiore approfondamento del letto stesso, specialmente nel caso d'aumento della massa d'acqua contenutavi. Ma allora entriamo in un altro ordine d'idee: nell'ordine d'idee della sistemazione idraulica indipendente per gran parte, se non da rapporti di vicinanza, certamente da rapporti determinati di distanza da fondo a fondo in proporzione della profondità del vaso o recipiente d'acqua. Nè questo spostamento della

Digitized by Google

posizione di fatto e di diritto verso la sistemazione idraulica ricorre di rado o tanto di rado da non rendere ragionevole una esatta ponderazione, perchè se non altro per gli scoli delle acque, questo spostamento si verifica in via normale; e allora, grazie ad esso, prevalgono le regole attinenti alla sistemazione delle acque sulle regole attinenti alla servitù delle distanze. Il rapporto di sistemazione idraulica, infatti, è di sua natura assorbente o almeno prevalente; sia perchè ha qualche addentellato col pubblico interesse, sia pure perchè implica una zona più vasta di territorio che quella non sia dei due fondi o dei più fondi adiacenti o confinanti con quello nel quale il fosso si trova. Da quì si arguisce che non sempre è possibile circoscrivere la posizione al semplice quesito delle distanze, se pure non si vuole fraintendere l'economia generale di tutte quante le disposizioni relative alle servitù prediali: e che l'esame delle disposizioni applicabili deve partire dal fatto ed essere per lo appunto appropriato al fatto. Il caso nudo al quale si riferisce l'ipotesi dell'art. 575 è quello di un fossatello piuttosto adatto alle modeste funzioni di scolo e allo scopo di determinare il confine tra due fondi, anzichè ad un vero e proprio scopo di sistemazione idraulica: si tratta quasi sempre di modeste opere che gli stessi coloni si incaricano di eseguire e che da un momento all'altro possono anche essere eliminate o distrutte, e non si può quindi, nella maggior parte dei casi, dare alle medesime un'importanza maggiore di quanta possa meritarne una semplice opera di confine, benchè non si tratti di un'opera situata al preciso confine ma di un'opera che al confine si avvicina e col confine stesso in taluni casi deve serbare un rapporto di distanza. Questo rapporto dell'opera (fosso o canale) costruita o da costruirsi colla linea di confine deve mantenersi costante ed immediato; tanto che, cambiando il confine, dovrebbe cambiare l'ubicazione del fosso stesso ovvero la profondità di esso: e ciò qualora fosse prescritta la distanza, vale a dire in tutti i casi nei quali al confine non esistesse muro. Quando al confine esiste muro, la delimitazione presenta maggiori probabilità di esattezza, poichè vi è una certa stabilità promettente; in tal caso il confine è regolato in modo che non può spostarsi per volontà dell'uomo, diversamente da quanto avviene se al con-

Digitized by Google

fine stesso vi è un semplice fosso o canale. Questa stabilità del confine, come è evidente, non ha però nulla che vedere coll'abolizione della regola di distanza, quando si tratti dello scavamento d'un fosso o canale internamente in uno dei fondi confinati. E difatti, in qualsiasi occasione di rettifica di confini, l'indizio presentato dalla profondità degli scavamenti obbligati alla distanza dal confine stesso non è sufficiente per dedurne l'esatta posizione di quel confine; poichè potrebbe anche essere errata la posizione del fosso o esserne arbitraria la distanza o esserne abusiva la profondità, e questi inconvenienti o taluno di essi potrebbe anche essere il prodotto di una volontaria alterazione dell'interessato. Non si può dire dunque nè che la instabilità del confine renda opportuna la determinazione della distanza, nè che la stabilità di esso la renda superflua: l'uno e l'altro sono due fatti, due circostanze perfettamente indipendenti tra di loro e sottoposte a discipline distinte rispettivamente e rispettivamente autonome.

Una domanda potrebbe farsi in ordine all'interpretazione dell'art. 577 Cod. civ. La legge dice che nel caso speciale di fossi o canali scavati in vicinanza di muri comuni non è necessaria la distanza, ma debbono farsi tutte le opere necessarie ad impedire ogni danno. Ma se la distanza non è necessaria, è forse sufficiente essa stessa, qualora si ritenga di adottarla? La risposta è semplice. Scopo della legge è quello d'impedire ogni danno; talchè, quando il pericolo resta eliminato, rimane intieramente adempito, ed esaurito anzi quello scopo. Tutto si riduce dunque a constatare se la distanza sia sufficiente ad eliminare il pericolo stesso, oppure se non lo elimini che in parte: poichè nel primo caso non si dovrà prescrivere altra cautela nè opera di sorta; in caso contrario alla distanza converrà aggiungere anche qualche altra precauzione che valga a conseguire lo scopo, fino a che appunto lo scopo stesso non possa ragionevolmente ritenersi raggiunto. S'intende poi che la distanza non sarà mai cautela sufficiente se non si praticherà nell'interno del fosso o canale la opportuna scarpata, come avviene nei casi in cui la distanza è prescritta. Però nè la distanza eguale alla profondità, nè questa distanza accompagnata dalla scarpata basteranno sempre per costituire le precauzioni volute dalla legge; e converrà esa-

Digitized by Google

minare appunto caso per caso allo scopo di vedere se i voti prescritti dalla legge rimangono adempiti. La legge non vuole che siano eliminati soltanto i danni o i pericoli maggiori: (l'espressione *danno* è poco esatta e meglio si potrebbe adottare, trattandosi di misure preventive, l'altra di *pericolo*), ma richiede che siano eliminati addirittura *tutti* i pericoli, per quanto è dato alla umana prevedibilità. Del resto è la stessa locuzione di quella adottata in fine dell'art. 574 a proposito della fabbrica di talune speciali costruzioni contro un muro divisorio, proprio o comune. Tuttociò inoltre che si è detto per la scarpa quando si adotta come precauzione per la integrità del fosso o canale deve applicarsi anche alle opere di sostegno, le quali possono stare in luogo di scarpa o alla scarpa possono essere preferite in certi determinati casi. Dal tutto insieme peraltro non può dirsi neppure che la mancanza di una distanza eguale alla profondità renda più rigorose le stesse opere di sostegno che si adottano allorchè la distanza è prescritta: non si deve fare un confronto, per così dire, teorico, tra caso e caso; ma si deve considerare il caso pratico di per sè e quasi isolatamente allo scopo di determinare come in esso la finalità della legge può essere adempita. Questo è un esame del tutto pratico ed è rimesso all'accordo delle parti o all'arbitrato del giudice chiamato a dirimere la controversia: la legge neppure fa richiamo a regolamenti locali, perchè il regolamento locale, come la legge, può occuparsi dei punti di applicazione generale e non già dei casi speciali, per ciascuno dei quali è d'uopo procedere ad apposito apprezzamento, persino con criteri separati e distinti a seconda delle varie circostanze. Sarà dunque da esaminarsi per ogni singolo caso se e fino a qual punto la escavazione del fosso o canale comprometta non solo l'integrità del suolo nella zona di confine, ma altresì la solidità del muro, o sino a qual punto la stessa esistenza del muro costituisca una specie di garanzia per la solidità del fosso; e come le varie circostanze del caso, insieme combinate, possano contribuire alla determinazione della esatta posizione giuridica della situazione di fatto. La latitudine del tecnico, nel suo apprezzamento ausiliatore, e quella del giudice nella sua definitiva risoluzione sono dunque in questo caso mag-

Digitized by Google

giori che negli altri casi: maggiore quindi la responsabilità. Anche in questo come negli altri casi consimili è da por mente che le pretese di una o dell'altra parte od anche di entrambe non trabocchino o si trasformino in atti emulativi, ma restino circoscritte nella linea del buon diritto, ossia nel savio contemperamento del *minimum* di danno o pericolo al vicino col *maximum* di facoltà inerenti all'esercizio del diritto di proprietà, da una parte e dall'altra. I principî generali del diritto patrimoniale in funzione sociale si applicano dunque indiscutibilmente anche in questo caso e vi si adagiano senza sforzo, senza titubanza, senza necessità di regole speciali di interpretazione o di adattamento. S'intende poi anche che lo stato delle cose può mutare e che, mentre, quando si pratica lo scavamento del fosso, possono bastare soltanto talune determinate cautele, più tardi, per circostanze sopravvenute, le cautele possono aumentare. In questa ipotesi è la parte interessata che deve rendersi diligente, e, se non le riesce di ottenere bonariamente le altre opere atte ad eliminare il pericolo, deve ricorrere al magistrato, il quale, quantunque abbia provveduto anteriormente in circostanze diverse, ora deve di bel nuovo pronunciarsi come se fosse chiamato a intervenire *re adhuc integra*.

8. L'art. 578 viene a parlare di opere ben diverse da quelle considerate negli articoli precedenti. Siamo in materia di sorgenti, di capi od aste di fonte, di canali od acquedotti. Anche nei tre articoli precedenti si parlava di canali in una ipotesi comune coi fossi; ma quì il canale ha un nesso più diretto e un rapporto più intimo, che precedentemente non avesse, colla condotta delle acque di cui è strumento essenziale. Il legislatore ha creduto bene di porre sotto la classe della servitù di distanza una servitù che del resto rientra di regola generale sotto la configurazione della servitù di condotta delle acque. La prescrizione dell'articolo in esame si applica tanto se si tratti dell' apertura o stabilimento di quei manufatti idraulici, quanto se si tratti di scavarne, profondarne od allargarne il letto, di aumentarne o diminuirne il pendìo o di variarne la forma: in altri termini non solo il primo impianto di tali manufatti ma anche le successive

Digitized by Google

modificazioni di essi vanno sotto il piano ideato dal legislatore; piano il quale consiste nel rendere obbligatoria, oltre la distanza equivalente alla profondità, una distanza anche maggiore e l'esecuzione delle opere necessarie per non nuocere agli altri fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi. Qualche critico amante della precisione nel linguaggio potrebbe invero osservare che l'espressione *irrigazione dei beni* o *giro di edifizi* rende tutt'altro che con esattezza il concetto del legislatore in ordine alla materia; dappoichè il termine *beni* è troppo generico perchè non sia consigliato di sostituirlo coll'altro *fondi* o meglio *campi* e l'espressione *giro di edifizi* sembra voglia alludere a quei corsi o depositi d'acqua che servono ad isolare gli edifizi stessi ma che oggi non sono quasi più in uso, presentando una più adatta applicazione al sistema medievale di difesa dei castelli che non alle esigenze dei tempi moderni. Se e quando il Codice civile sarà riformato, anche nella parte letteraria, nulla si opporrà probabilmente a che in questo stesso articolo possano adottarsi espressioni più convenienti e meno lontane dal concetto del legislatore: la lingua italiana è tanto ricca, che certamente non può scarseggiare di parole proprie quando si tratta di delineare rapporti giuridici comuni nella pratica e per i quali la letteratura popolare trova sempre i vocaboli corrispondenti, mentre l'interesse pubblico sa come assegnare ad essi i giusti limiti e la misura conveniente.

La teoria per un certo tempo accarezzò la disputa circa l'applicabilità alla nostra ipotesi della regola ateniese o soloniana stabilita da Gaio nella l. 13, Dig. 10, 1, per il regolamento dei confini. E furono poste in campo due opinioni contraddittorie: l'una del Pecchio che ritenne applicabile la disposizione stessa, e l'altra del Romagnosi che la ritenne inapplicabile pur riconoscendo che i Romani colle norme provvidenziali *de damno infecto* fossero riusciti a disciplinare tra le altre ipotesi anche quella di cui trattiamo. Infatti questa prospettiva di pericolo per infiltrazione o perdita di acqua non è menò importante nè meno degna delle altre tutte che la legge vi ponga un qualche rimedio efficace e

Digitized by Google

duraturo. Ma il ragionamento romagnosiano, tratto sul campo dei testi, trova seri ostacoli nella l. 26, Dig. 39, 2, e nella l. 1, § 12, Dig. 39, 3, desunte entrambe dai commenti edittali di ULPIANO. Nel primo di questi due frammenti è detto che *si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces quamvis... aquam mihi abducas, tamen actionem mihi non competere.* Nel secondo si dice: *cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi.* La giurisprudenza moderna, quantunque per l'applicazione dell'art. 578 abbia escluso la condanna ai danni-interessi e la restituzione dei frutti percetti dall'acqua durante le more del giudizio, tuttavia sin dal Codice albertino volle porre un freno preventivo alle opere idrauliche le quali potessero recar molestia al vicino. E così venne fuori la considerazione del pubblico interesse e si volle, anche se non sembrasse leso a tutta prima il diritto o il legittimo interesse del privato: l'agricoltura e l'industria può dirsi che fossero in cima ad ogni pensiero del legislatore, il quale pertanto, non preoccupato dei testi romani che potessero sembrar contrari al suo assunto, oltrepassò persino la regola soloniana, riconosciuta soltanto come la determinazione di una distanza minima. Vero è che la legge, nel prescrivere oltre la distanza soloniana una maggior distanza e nel pretendere la costruzione di opere apposite, si riferì a quelle distanze e a quelle opere che fossero *necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonti, canali od acquedotti preesistenti,* destinati ad uso agricolo od industriale; ma appunto la destinazione ad un tale uso, in quanto rappresenta il motivo della provvidenza legislativa, è contenuto d'interesse pubblico che si ripercuote in fattispecie di ragion privata. Nè vuolsi passare sotto silenzio la condizione della preesistenza che vale a far traboccare la bilancia della legge piuttosto a favore di uno che di altro dei vicini, poichè questo criterio è inevitabile in tema di rapporti di vicinato, allorchè una data opera fatta da un vicino o facoltà ad esso accordata è esclusiva di opera o facoltà simile dell'altro vicino. Se non si desse la prevalenza al concetto di successione per ragion cronologica tra un'opera e l'altra si dovrebbe assumere qualche altro criterio discriminatore; quello, a mo' d'esempio, della mag-

Digitized by Google

giore o minore importanza dell'opera o nel pubblico o nel privato interesse. Ma appunto questa ragione di preferenza sarebbe troppo pericolosa in pratica; perchè il giudizio dell'importanza, quanto ai privati interessati, dipende tutto dal loro punto di vista e rimane caratterizzato sempre da un carattere prevalente di relatività; quanto all'interesse pubblico, offre anch'esso dei lati assai scabrosi, poichè potrà dirsi quando si riscontri in una data posizione di fatto l'esistenza del pubblico interesse, ma non potrà sempre determinarsi la quantità di questo interesse e la maggiore o minore opportunità che l'interesse stesso sia fatto segno di una tutela speciale della legge piuttosto in una che in altra delle parti poste tra loro in contrasto o in collisione. Non è a dirsi neppure che l'aver fissato come regola di preferenza la priorità del tempo costituisca una specie di scappatoia percorsa dal legislatore per cavarsi d'impaccio in una materia troppo complicata e importante: poichè davvero l'aver preceduto il vicino in un dato impiego o in una data appropriazione delle forze vive della natura *che sono comuni a tutti, ma non da tutti appropriabili con eguale quantità di sforzi* e nella pratica solo accessibili ai pochi proprietari che si trovano in rapporto di vicinanza tra loro e con queste forze vive, costituisce, più che un interesse, addirittura un titolo di ragion giuridica acquisita e che non può esser tolta da diritti o da ragioni posteriori acquistate o da acquistarsi da altri, appunto perchè la facoltà, la quale ne rappresenta il contenuto, è veramente esclusiva. In materia di diritti esclusivi non v'è appunto altro mezzo di decidere la prevalenza dell'uno sull'altro, quando hanno lo stesso contenuto e lo stesso valore pratico, all'infuori della considerazione del tempo nel quale ciascuno dei diritti stessi può ritenersi perfetto. Chi ha stabilito il capo di una fonte, un canale od un acquedotto, oppure ne ha scavato, profondato o allargato il letto, ne ha aumentato o diminuito il pendìo, ne ha variato la forma, si trova evidentemente di aver compiuto tutto quanto un sistema di appropriazione e di utilizzazione che, pria di potersi sospettare in altri e neppure nel vicino un interesse in collisione al proprio, ha prodotto molteplici e svariatissimi effetti ed ha potuto costituire tutto un insieme

Digitized by Google

di energie economiche e di diritti minori, i quali non potrebbero posteriormente scompaginarsi o distruggersi perchè il vicino affacci un interesse di compartecipazione alle stesse utilità economiche oppure un diritto di concorso al contenuto giuridico di quelle utilità stesse, sulle quali pesa la circostanza dell'esclusività come condizione essenziale all'appropriazione del benefizio od all' attuazione del diritto. Da questo punto di vista dell'esclusività non si possono appunto dare altre regole, all'infuori di quelle che servono anche per l'esercizio del diritto di proprietà o del diritto d'uso, i quali rappresentano il *non plus ultra* nella figura dell'esclusività pratica e teorica insieme considerate e possono pertanto servire come di norma o di modello nella valutazione di tutti gli altri diritti di natura simile.

Quali siano, oltre alle distanze, le cautele necessarie per non nuocere al vicinó e le opere che appunto servono a costituire le cautele stesse, la legge non dice nè potrebbe dire; poichè ogni caso singolo dev'essere giudicato diversamente dagli altri e ad una stregua tutta sua propria. In mancanza d'accordo tra le parti, anche quì interviene il giudice sussidiato dal parere del tecnico: la necessità di accordare al giudice questa valutazione di circostanze pratiche è stata riconosciuta come insuperabile negli stessi lavori legislativi preparatori al Codice civile italiano e tale dovrebbe apparire in ogni altro sistema legislativo. Ma pure si tentò, almeno in ordine alle distanze, di fissare con una regola legislativa costante una misura invariabile per ogni caso in cui l'acqua di un nuovo cavo si trovasse ad un livello più depresso dell'acqua vicina: la distanza legale sarebbe quella equivalente alla profondità e misurata dal confine o dal ciglio più vicino del cavo preesistente qualora questo fosse comune; la distanza maggiore da aggiungersi avrebbe dovuto essere tripla dello slivello tra i due cavi. Perchè tripla e non quadrupla e non quintupla, non si sapeva dire nè dimostrare, certamente: ma la Commissione senatoria pose nel nulla questa maggior cautela empirica del progetto ministeriale; talchè oggi, pur trovando accennato all'eventualità di una maggior distanza, non possiamo *a priori* conoscere quale sia questa distanza maggiore che nel caso pratico risponda ai

Digitized by Google

voti del legislatore. Ad ogni modo il legislatore stesso ha fatto comprendere a chiare note com'egli richieda tre specie di precauzioni: *a*) la distanza soloniana ovvero ateniese, eguale alla profondità del cavo; — *b*) una distanza maggiore necessaria; — *c*) un complesso di opere necessarie a prevenire il danno (quali: rafforzamento diretto del cavo, contromuro, difese in legname e simili). Ed ha dimostrato chiaramente essere sua volontà che queste tre categorie di cautele abbiano effetto contemporaneamente e in concorso reciproco di tutte esse; senza che la maggior distanza possa far risparmiare le opere necessarie, nè la maggior distanza necessaria possa far risparmiare le opere. Se però la maggior distanza non è necessaria nè conducente allo scopo d'evitare viemmeglio il pericolo, non deve nè può richiedersi; e così non possono richiedersi nè le opere quando non sono necessarie nè quelle tra le opere che necessarie non siano. Il giudizio della necessità pratica non si richiede affatto per l'applicazione della distanza ateniese o soloniana, la quale rappresenta il *minimum* di cautele, anche a prescindere dalla conformazione di un caso determinato. Tutto si riduce dunque, per la maggiore distanza e per le opere, ad un giudizio di necessità pratica e concreta nel caso di che si tratta: questo giudizio può anche essere negativo, nel senso che si giunga alla conclusione della non-necessità d'una distanza ultra-soloniana e della non-necessità di opere speciali di difesa. Ma vi furono commentatori, i quali, nel valutare siffatto arbitrio del giudice e la facoltà di esso nell'esaminare se siavi o no necessità di certe date precauzioni previste dalla legge, pretesero che ufficio del magistrato possa essere sopprimere la distanza quando possa prestarsi, ma supplirvi quando non possa prestarsi. E a questa conclusione essi vennero, ritenendo che la disposizione dell'art. 578, per quanto generale nel suo tenore, non sia che suppletiva nel suo spirito, e supponendo che in certi casi le condizioni dei luoghi non permettano l'applicazione degli espedienti legali; specialmente poi quando le acque disponibili in una data zona di terreno scarseggino per gli usi dell'agricoltura e dell'industria, tanto che il magistrato accanto all'applicazione della legge debba anche compiere un lavoro distributivo delle energie naturali. Questi

Digitized by Google

interpreti fanno toccar con mano come in taluni casi adottare le prescrizioni della regola soloniana sulle distanze equivarrebbe a rendere perfettamente impossibile l'utilizzazione delle sorgenti, dei capi od aste di fonte, dei canali od acquedotti, quando questi fossero così vicini gli uni agli altri, da non potersi serbare per la nuova utilizzazione neppure la distanza soloniana dalla utilizzazione precedentemente fatta dal vicino anche per una sorgente, una fonte oppure in generale un'acqua diversa da quella che si tratta di utilizzare posteriormente. Una tale diversità di sorgenti, di fonti o di acque non ci può rassicurare circa la perfetta innocuità della nuova alla precedente utilizzazione; perciocchè non è difficile comprendere come le acque tutte sotterranee siano tra loro legate in rapporti d'intrecciamento, o che per lo meno vi sia sempre una tale possibilità, per rintracciar la quale nei fatti converrebbe rovistare tutto il sottosuolo di quella determinata zona. Laonde, o converrebbe ritenere che il proprietario sopraggiunto alla ricerca di un' utilizzazione tardiva debba inesorabilmente essere respinto dalla utilizzazione stessa, oppure conviene ammettere che la distanza soloniana non debba essere osservata. Di queste due soluzioni la prima sembra rispondere più al concetto di diritto privato, secondo il quale il primo nel tempo della utilizzazione è più forte nella utilizzazione stessa di fronte ai sopravvenuti, il cui diritto in tutto od in parte sia contrapposto al suo: la seconda, pur contravvenendo alla ragion privata, sembra più conciliabile coll'interesse delle industrie, compresa l'agricola. A questa seconda soluzione sembra siasi voluto attenere il nostro legislatore, il quale si è preoccupato delle conseguenze del romagnosiano *furto d'acqua* nei rapporti coll'economia pubblica, considerando di fronte a questa come furto non solo o non tanto la materiale sottrazione d'acqua che già abbia formato oggetto d'una speciale appropriazione, ma anche e anzi soprattutto un'appropriazione di acqua maggiore del bisogno, ovvero un'appropriazione di acqua fatta con pericolo del vicino, sia a mezzo di *fossa incilis* come a mezzo di *rivus subterraneus* o di *specus*. Ma d'altra parte il legislatore che in fatto di disciplina sui rapporti di servitù prediale e principalmente sui rapporti d'acqua non è stato

Digitized by Google

certamente avaro di regole e di distinzioni non ha detto nulla di questa impossibilità pratica di adottare la regola soloniana e non ha richiamato l'arbitrio del giudice se non a riguardo di una distanza ultra-soloniana e alle opere cautelari da aggiungersi eventualmente alla precauzione della distanza. Come si può adunque fabbricarsi una disposizione che non è nel testo, che anzi contrasta con una regola generale fissata nel testo stesso? Forsechè ci è dato di plasmarci un testo a modo nostro, di dar vita ad eccezioni non previste nella legge, per quanto ragionevoli; allorchè queste eccezioni ci fanno comodo in sede d'applicazione o d'interpretazione? Ciò assolutamente non sembra nè lecito nè giuridicamente onesto. Se vi è in un caso determinato qualche grano d'interesse pubblico, si abbia il coraggio di ammettere l'espropriazione forzata a benefizio di un consorzio, di una zona d'utenti, dello Stato stesso che a quel consorzio o a quella zona distribuisca poi l'acqua secondo i bisogni dei singoli individui che ne fanno parte e ne costituiscono l'insieme: non è possibile una soluzione diversa col sistema delle nostre leggi. Gli emungimenti, gli assorbimenti, le deviazioni di acqua, contro i quali il nostro legislatore volle provvedere mediante la fissazione della regola soloniana, non sono meno pericolosi allorchè l'interesse all'utilizzazione dell'acqua si estende ad una zona territoriale che oltrepassi i limiti del fondo sul quale furono fatte le prime opere di appropriazione: questi pericoli sono per così dire immanenti e inseparabili dalla natura delle opere considerate nel loro contenuto materiale e nella possibilità o pericolo di danni avvenire. Del resto, il legislatore ha avuto un piano ben determinato, e questo piano ha tradotto nei due art. 575 e 578; il primo dei quali riguarda fossi o canali di scolo e il secondo riguarda acque destinate soprattutto all'irrigazione. Il piano determinato risponde al programma minimo della distanza soloniana; e come si potrà scuotere la saldezza di questo piano legislativo, senza rendersi colpevoli di flagrante violazione? Se nell'art. 578, come si dice, vi ha molto più d'interesse generale di quanto vi sia o vi possa essere nell'art. 575, e se questo di più in fatto d'interesse pubblico avrebbe dovuto giustificare un metodo diverso, diamo pure una nota di biasimo al

Digitized by Google

legislatore che non ha tenuto conto di questa diversità, per esimerci in taluni casi di constatato interesse generale dalla distanza soloniana, ma non pretendiamo di esser fedeli alla sua volontà alterandone profondamente i dettami. Che vi sia una giurisprudenza la quale non si faccia scrupolo alcuno di giungere a questa conseguenza, non fa meraviglia nè deve destare preoccupazioni di sorta la china per la quale si è messa una certa dottrina, la quale, pure atteggiandosi a giuridica, tende a minare profondamente le basi della proprietà e dei diritti sulle cose, per quanto pacificamente riconosciuti e malgrado la regola della priorità nel diritto come conseguenza nella priorità del tempo. Noi saremo sempre d'avviso che, una volta ammesso un dato modo di appropriazione dell'acqua, questa come ogni altro bene formi oggetto inviolabile di proprietà privata.

9. Tuttavia può dirsi che, ammessa pure una data appropriazione di acque, può sopravvenire la manifestazione nuova di un interesse vecchio e tale, che, se si fosse manifestato in epoca anteriore a quella appropriazione stessa, questa forse non avrebbe potuto ammettersi per ragioni di pubblico diritto. Speciosa obbiezione, la quale rivela null'altro che un concetto esagerato e troppo oscillante dell'interesse pubblico, confondendolo talvolta anche semplicemente con la somma di due o più interessi privati; e la quale inoltre perde di vista la circostanza, che, quante volte il legislatore ha riconosciuto essere di pubblico interesse un determinato corso d'acqua, non ha esitato di proclamarlo nel modo migliore e più reciso, chiamando pubblico e non appropriabile quel dato corso d'acqua, ma solo utilizzabile a mezzo di concessioni fattene o da farsene dallo Stato in qualità di arbitro supremo nella distribuzione delle pubbliche ricchezze. Ma, se la fonte o vena d'acqua scorre in suolo privato ed è normalmente utilizzata dal proprietario del suolo sul quale si trova o scorre, non si comprende come possa entrarvi un pubblico interesse in minor grado, in minore quantità, in minore estensione di quello massimo e vero ed unico che conduce da un canto all'espropriazione del privato, dall'altro alla distribuzione *iure imperii* delle utilità economiche provenienti da quella stessa

Digitized by Google

acqua già dichiarata di ragion pubblica. L'equivoco e la confusione tra le due posizioni dovrebbe essere eliminato per il riflesso che non si dà vero interesse pubblico a metà, talchè l'altra metà dello stesso rapporto resti riservata al diritto e all'interesse privato: allorchè la natura del rapporto che è designata di ragion pubblica, non ha tanta forza da assorbire e caratterizzare tutto quanto il rapporto, malgrado che in esso vi abbia una certa dose d'interesse privato, si deve venire alla conclusione che non v'abbia vero rapporto di ragion pubblica; essendo un tale rapporto di natura sua assorbente, tutte le volte che esiste. Altrimenti, quando vi è semplice giuoco d'interessi privati in rapporto di vicinanza, le disposizioni della legge non possono oltrepassare il campo del diritto privato e trovano nel Codice civile soltanto la loro esplicazione caratteristica ed anche esclusiva. Che il rapporto giuridico al quale si riferisce l'art. 578 (1) riguardi il solo interesse privato e non il pubblico, nè un preteso interesse misto, risulterebbe altresì dalla circostanza del non esservi in esso neppure una parola di accenno ai regolamenti locali (accenno che si trova invece nell'art. 575); la qual cosa prova a chiare note la inesattezza dell'opinione da noi sopra richiamata, che cioè l'art. 578 si accosti al campo del diritto pubblico più dell'art. 575. Ma la mancanza di questo accenno è compensata dall'espressione *distanze sovra stabilite*; espressione che ci riporta, a ritroso, fino all'art. 575 dove si fa cenno di distanze maggiori della soloniana, fissate dai regolamenti locali. Di più, l'alinea dell'art. 578 è tanto ispirato all'interesse pubblico, da giungere sino ad una vera e propria indennità per espropriazione. Sorgendo contestazione tra i due proprietari, dice quest'alinea, l'Autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti al diritto

(1) Ormai del resto può ritenersi pacificamente ammesso che all'aumento di profondità o di larghezza del letto, all'aumento o diminuzione del pendìo, alla variazione della forma del cavo debba assimilarsi la costante immissione in esso di un maggior volume di acqua pur senza cambiare le dimensioni, il pendìo o la forma del letto di quello; perciocchè per tal modo si aumenta il pericolo d'infiltrazione. La diminuzione costante dell'ordinario volume poi potrebbe, coll'abbassamento del livello dell'acqua propria, cagionare la sottrazione o diminuzione dell'acqua altrui.

Digitized by Google

di proprietà coi maggiori vantaggi che possono derivare alla agricoltura od all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare; assegnando, ove sia d'uopo, all'uno o all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono essere dovute. Questo giudizio di conciliazione tra il diritto di proprietà da un canto e gli interessi dell'agricoltura e dell'industria dall'altro canto può anche risolversi nel dare la preferenza agl'interessi dell'agricoltura e dell'industria, considerati come interessi pubblici, sul diritto di proprietà considerato come diritto privato; ma non esclude d'altra parte che si accordi la prevalenza alla proprietà privata sugli interessi pubblici dell'agricoltura e dell'industria. Insomma, la prevalenza del pubblico interesse non è resa obbligatoria nè assoluta; soltanto può avverarsi, ma intanto, quando è ammessa dal giudice, rivela che la proprietà privata è passata in seconda linea di fronte alle esigenze del diritto pubblico. Di questa estrema conseguenza, che in caso di conflitto possa la ragione di proprietà privata essere sottoposta alla ragion pubblica, non si aveva traccia nell'art. 575; i regolamenti locali ai quali esso si riferisce non sono richiamati che per l'applicazione di una distanza ultra-soloniana, ma non possono importare nè modi di conciliazione nè assegnazione d'indennità.

Dunque, a ben considerare la cosa, l'art. 578 ben più dell'art. 575 si avvicina alla considerazione dell'interesse pubblico, e quasi in quest'interesse pubblico consiste e si adagia e da esso trae la sua ragion d'essere precipua. Insomma, nell'art. 578 noi possiamo trovare ad un tempo: *a*) la distanza soloniana; — *b*) le maggiori distanze prescritte dai regolamenti locali; — *c*) le maggiori distanze riconosciute necessarie nel caso speciale; — *d*) la conciliazione della proprietà privata cogli interessi dell'agricoltura e dell'industria (se e finchè, s'intende, tale conciliazione è possibile); — *e*) le indennità all'uno o all'altro dei proprietari danneggiati dalle sopravvenienti novità. Praticamente, sta che ad ogni caso si dovrà fare uno speciale giudizio tecnico sulla condizione dei luoghi e sulla opportunità delle cautele; e perciò le maggiori distanze contemplate dai regolamenti locali vogliono intendersi nel senso che, se i regolamenti locali contemplano il caso, la determi-

Digitized by Google

nazione del giudice non potrà stare al disotto di quelle maggiori distanze, ma bensì potrà oltrepassarle. Il regolamento dunque non sarà sempre inutile nè fuor di luogo; poichè quei quattro elementi che formano il contenuto dell'art. 578 sono in ragione di progressiva gravità tra di loro e costituiscono quasi un crescendo sulla via dell'interesse pubblico; come dice il Codice, sulla via dei maggiori vantaggi dell'agricoltura o dell'industria. Il legislatore non ha voluto francamente accennare alla prevalenza e alla assorbenza del diritto pubblico o dell'interesse generale sul diritto privato e sull'interesse particolare, quasi vi si trovasse a disagio in un Codice di diritto privato; ma in sostanza questa è la conclusione della seconda parte dell'art. 578. Quando si arriva sino alla assegnazione di un'indennità ad uno dei due proprietari, appunto perchè sono proprietari, non può essere a meno che si tratti di espropriazione; dappoichè l'indennità rappresenta capitale, e non si tratta ancora di danni finchè si è nello stadio del pericolo. E se vi è espropriazione, più o meno forzata, e sia pure sotto le blande apparenze della conciliazione, come non vedere l'interesse pubblico in atto di sovrapporsi all'interesse privato; quantunque quello stesso fiume d'interesse pubblico refluisca poi come in tanti rigagnoli destinati ad alimentare l'interesse privato? Lungi è dalla nostra mente il ritenere che il legislatore abbia fatto male a dar vita ad una disposizione qual'è quella contenuta nell'articolo 578 e specialmente nella seconda parte di esso: ma noi intendiamo di mettere le cose al loro posto e di caratterizzare quella disposizione per ciò che è e per ciò che suona: essa non è che una variazione sul motivo dell'espropriazione per causa di utilità pubblica. Lo stile dubitativo e ipotetico di tutto l'articolo — *le maggiori distanze e le opere che siano necessarie — sorgendo contestazioni fra i due proprietari — conciliare nel modo il più equo — i maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria — assegnando, ove sia d'uopo, le indennità* — dimostra che il giudice della necessità, della contestazione, dell'equità, dei maggiori vantaggi dell'agricoltura e dell'industria, dell'assegnazione delle indennità esercita un'azione decisiva e quasi sovrana su tutto quanto il rapporto giuridico e sull'atteggia-

Digitized by Google

mento del rapporto stesso e sulla conformazione delle sue varie parti. Insomma il contenuto di questo rapporto non risulta precisamente dalla legge, ma è volta per volta determinato dal magistrato con un procedimento logico in cui predomina il suo prudente arbitrio illuminato dall'equità e dal desiderio di conciliare tra di loro i vari interessi ed i vari rapporti delle parti. La regola *prior in tempore potior in iure* dunque non solo non vincola il legislatore, ma non vincola neppure il giudice, le cui facoltà rimangono amplissime e indeterminate nell'orbita tracciata a lui dalla legge: egli è nel caso nostro, più che un giudice, un arbitro vero e proprio, dal quale non si può appellare se non per cadere in un eguale arbitrio del magistrato superiore, che a sua volta ha le medesime facoltà e deve attenersi allo stesso metodo. In altri termini, se si va a concretare quel che il legislatore ha detto, voluto e prescritto in questo rapporto giuridico, si trova che è ben poco; e che la parte maggiore nella disciplina di esso, più che al legislatore, spetta al giudice. Soltanto, sullo sfondo di quest'orizzonte, come dicemmo, campeggia il programma minimo della distanza soloniana che il legislatore in un solo caso ha voluto escludere: nel caso cioè dell'art. 577, ossia quando il fosso o canale è scavato in vicinanza di un muro comune; eccezione questa, come si disse, incomprensibile sotto tutti i punti di vista e per qualunque lato la si voglia considerare.

Fu detto che la disposizione così minuziosamente tracciata e con tanto avvedimento pratico disposta nel capoverso dell'art. 578 è sufficiente a tutelare i vicini non solo, ma è l'unico modo per venire ad una soluzione pacifica o contenziosa dei loro rapporti: per la qual cosa non si ammette l'azione possessoria per garantire il diritto sancito da questo articolo a favore del precedente o anteriore proprietario che ha già utilizzato l'acqua prima che sopraggiunga l'aspirante alla nuova utilizzazione. Il primo proprietario se sopravviene un suo vicino a fare delle opere di utilizzazione per le quali la sua priorità sia posta in pericolo nel senso che il suo uso rischi di essere diminuito o soppresso, non potrebbe dunque lagnarsi in possessorio, quantunque nessuno contesti in lui nè il possesso del fondo dov'è la sorgente, la fonte, il canale

Digitized by Google

o l'acquedotto, nè il possesso delle singole opere attinenti al cavo, canale od acquedotto. Se dunque ha il possesso, perchè non potrebbe procedere coll'azione di danno temuto o colla denuncia di nuova opera? L'eccezione che l'autore delle nuove opere potrà trovare nelle disposizioni molteplici dell'art. 578 sta forse ad escludere l'azione suddetta? E perchè mai, se tra l'azione e l'eccezione di cui si tratta non esiste incompatibilità nè materiale, nè funzionale o strumentale? A noi sembra pertanto che quella conclusione, per la quale non si deve ammettere azione possessoria, sia del tutto falsa e priva di fondamento nel fatto: che invece, quando l'una delle parti la vegga opportuna e quando ne concorrano gli estremi, non si possa ad ogni modo escluderla. Certo essa azione possessoria non è caratteristica del rapporto di cui ci occupiamo più che non lo sia di un qualsivoglia altro rapporto possessorio; ed è pur certo che, se si vuole un campo giuridico più speciale e più adattato alla nostra ipotesi, è giuocoforza restare nei limiti dell'art. 578 e attenersi alla conciliazione di più interessi concorrenti o alla conciliazione del più facile conflitto di essi mediante l'intervento del giudice nella posizione di arbitro, ossia in una posizione che gli permetta anche di emanciparsi da norme precise e costanti della legge positiva, avendo occhio soprattutto a ragioni tecniche pratiche e teoriche, tra le quali può annoverarsi la formola romagnosiana diretta a determinare la distanza di questi canali o acquedotti o sorgenti in ragione composta della coibenza del terreno e della pressione filtrante dell'acqua. Interessa vedere peraltro se e quanto sia esteso il campo di applicazione dell'art. 578, nel quale noi troviamo fatto accenno testualmente a distanza reciproca tra capi, aste di fonte, canali od acquedotti situati in due fondi diversi, loro variazione di letto, di pendìo, di forma. Si è domandato se l'art. 578 debba essere applicabile allorchè le sorgenti, i capi od aste di fonte, i canali od acquedotti si vogliano aprire o stabilire in vicinanza di un corso naturale di acqua non demaniale: se si tratta di acqua demaniale, trovano applicazione gli art. 427 e 543 combinati coi regolamenti che di quell'acqua disciplinano la concessione. Certamente, seguendo l'interpretazione ristrettiva e attenendosi rigorosamente alla

Digitized by Google

lettera dell'art. 578, si dovrebbe escludere una tale applicazione siccome estranea ai termini precisi dal legislatore indicati. Ma pur non pretendendo di dare all'art. 578 un'interpretazione estensiva che sembrerebbe arbitraria, ma riferendosi al principio generale al quale detto articolo è indubbiamente inspirato, si ritiene che a tutela dell'interesse dei rivieraschi (i quali hanno l'uso esclusivo del corso naturale d'acqua non demaniale) si debbano adottare anche in questa posizione di fatto tutte le precauzioni dirette ad evitare la sottrazione o il guasto dell'acqua, come precauzioni obbiettive e rivolte ad uno scopo per il quale ne è caratterizzato e determinato il contenuto giuridico. Se infatti non si ponesse mano all'applicazione delle disposizioni di quest'articolo, non si vede quali altre disposizioni potrebbero sostituirle per assicurare agli utenti il pacifico godimento del corso naturale d'acqua del quale si tratta: non si potrebbero certo applicare le disposizioni degli art. 575 e 577, le quali riguardano siffatti scavamenti in rapporto al confine del fondo altrui o ad un muro comune che si trovi al confine stesso. Nel dubbio tra il lasciare senza limitazioni la facoltà di scavamento vicino ad un corso naturale d'acqua non demaniale e il ricorrere all'articolo 578 per ragioni di contenuto ma senza il suffragio della lettera dell'articolo stesso, sembra preferibile questa seconda soluzione siccome più conforme allo spirito della legge e alla posizione di fatto che si tratta di sistemare nella conciliazione degli interessi cozzanti dei proprietari vicini, i quali per naturale e scusabile istinto, tendono a trarre dai loro beni il maggiore utile o profitto che per essi sia possibile col minore sforzo, incomodo o dispendio. Il freno è necessario e non riesce a trovarsi altrove, per quanto si possa determinare in più di un modo: se non altro perchè l'art. 578 è il più abbondante che noi abbiamo in tema di precauzioni poste a tutela della proprietà, e quindi, applicandolo, non si rischia di mettere a duro repentaglio il diritto di proprietà sul corso naturale d'acqua che non sia demaniale e l'utilizzazione di questo corso naturale rimane sempre perfettamente garantita con ogni maggiore garanzia possibile in casi di questa specie.

Si è detto più volte che l'art. 578, come quelli che lo pre-

Digitized by Google

cedono e lo susseguono sotto il § 3 della sezione 1ª, capo 2º, tit. 3º, lib. 2º Cod. civ. riguarda provvedimenti d'indole preventiva e non già di natura repressiva. A danno avvenuto, evidentemente subentrano i principî generali che trovano applicazione senza difficoltà di sorta: la repressione avviene mediante il pagamento del lucro cessante e del danno emergente dalla perduta fruttificazione del fondo. La qual cosa è una conseguenza di ragione e di diritto e non richiede dimostrazione, ma solo adattamento al caso pratico ed esatto apprezzamento dell'insieme delle circostanze del fatto. Però neppure quest'articolo può intendersi ed applicarsi indipendentemente dalle norme che regolano il nostro diritto pubblico per i lavori di pubblica utilità eseguiti dallo Stato, dalla Provincia, dal Comune. E, per quanto vi sia una morbosa giurisprudenza che esclude l'azione di danni a beneficio del privato contro questi enti quando essi intraprendono dei lavori in vicinanza maggiore o minore alla proprietà del privato stesso; tuttavia non si può sconoscere che nei giusti limiti si debba tener conto dell'interesse pubblico e dell'influenza predominante che esso può spiegare sopra di una determinata posizione di fatto. Ed allora si applica la legge sui lavori pubblici e si fa luogo alle discipline dell'indennizzo in espropriazione per utilità pubblica; non è punto il caso di adire il magistrato perchè fissi maggiori distanze, ordini opere precauzionali ovvero in qualche modo concilii gl'interessi di tutte le parti. In tal caso la legge ha tracciato un procedimento e un diritto singolare nel danneggiato od espropriato e noi non ci possiamo discostare in alcuna guisa da quel procedimento. Viceversa poi, il privato che voglia praticare delle costruzioni vicino alle strade pubbliche, od anche degli scavamenti presso le strade stesse, deve sottostare a talune condizioni, le quali, quantunque contemplate dalla legge sulle opere pubbliche, assomigliano tuttavia alla specie delle precauzioni introdotte dal Cod. civ. in materia di puri rapporti privati. L'art. 68 e l'art. 233 e seg. della legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, all. *F*, dispongono che pei canali, pei fossi e per qualunque scavazione praticata nei terreni laterali alle strade nazionali o provinciali, la distanza debba essere eguale almeno alla loro profondità, partendo dal ciglio

Digitized by Google

interno del fosso stradale ove questo esiste, oppure dal piede della scarpa, se la strada è in rilevato; ad ogni modo prescrive che la detta distanza non debba essere mai minore di tre metri, quantunque l'escavazione del terreno sia meno profonda. Questa è una disposizione di diritto pubblico e tale si rivela anche per la determinazione di una distanza minima di tre metri; ma non si può sconoscere che si avvicini alquanto alla disposizione di diritto privato, a quella regola soloniana, che, più o meno, costituisce la base di ogni sistemazione per distanze. Questo significa che esistono rapporti giuridici (e questi sono in modo speciale i rapporti di servitù), i quali, per loro carattere sostanziale, sono e si manifestano come rapporti privati; e buona parte di questa loro indole di rapporti privati conservano anche nel campo del diritto pubblico, quando vi entrano per ragioni di ordinamento amministrativo e quantunque di regola generale il carattere di diritto pubblico in rapporti di siffatta specie debba ritenersi prevalente. Anche in diritto pubblico lo Stato e gli enti di Stato, quantunque *iure non utantur privatorum* nel senso della espressione applicata al demanio patrimoniale, tuttavia *more utuntur privatorum* allorchè il contenuto del diritto sul quale si esplica la loro azione è patrimoniale o reale almeno per il privato col quale grazie al loro diritto stesso si trovano in rapporto. La definizione e la determinazione, sovente inesatte, di un tal modo di essere e di comportarsi sono causa di non pochi equivoci, specialmente quando inducono a richiamare un concetto misto, la cui esistenza non si attaglia nè al diritto pubblico nè al privato. Ma le funzioni e il congegno degli enti di Stato, quante volte si trovano a disagio col Codice civ., possono anche emanciparsene intieramente e non solo dal punto di vista della struttura formale: possono emanciparsene intieramente, mediante leggi e regolamenti nei quali si stabiliscano norme in tutto speciali e diverse da quelle ordinarie, precauzioni di specie caratteristica, sistemi subordinati al metodo delle opere pubbliche, regole di competenza amministrativa in aggiunta o in deroga alla competenza giudiziaria. Queste stimmate che contraddistinguono il rapporto di diritto pubblico non tolgono peraltro quell'obbiettività sicura che è data dalla partecipazione del privato alla formazione del rapporto

Digitized by Google

stesso. E perciò non conviene mai perdere completamente di vista la circostanza che si tratta di rapporti di vicinanza e che, se non il giudice in via di arbitrio, la legge sotto forma obbligatoria e costante deve conciliare gli interessi pubblici coi privati e perciò non eccede nella protezione delle opere pubbliche oltre al limite che queste opere stesse richiedono per effettuarsi e mantenersi.

Digitized by Google

CAPO III.

Piantagioni.

10. Importanza economica e giuridica delle piantagioni. — 11. Le piantagioni al confine tra due fondi. — 12. Distinzione botanica tra gli alberi di alto fusto e quelli di non alto fusto. — 13. Dei frutici ed alberi nani. — 14. Altre specie di piantagioni, massime per quanto concerne il taglio. — 15. Sostituzione del muro alle distanze. — 16. Piantagioni di bosco, di canale e lungo le strade comunali. — 17. Diritto di estirpazione delle piantagioni abusive. — 18. Se le distanze possano aumentarsi dal giudice. — 19. I diritti acquisiti o prescritti contro le distanze legali: le disposizioni transitorie. — 20. Modo di misurare le distanze stesse. — 21. Possibilità di variazioni contrattuali. — 22. Applicazione delle azioni possessorie. — 23. Diritto romano.

10. Chi dice *piantagione*, nello stretto senso della parola, non può scinderne il concetto d'un territorio coltivato, perciocchè la *piantagione* sia il risultato del piantare, e il piantare riveli la necessità dell'opera dell'uomo. Ma vi sono dei boschi di piante le quali nascono anche senza bisogno dell'opera dell'uomo, e senza di quella crescono; limitandosi talvolta l'opera dell'uomo al semplice sfruttamento della produzione legnosa delle piante ivi contenute. D'una produzione arborea affatto selvaggia, nel senso che l'uomo non penetri mai in mezzo ad essa e non si presenti a modificarla, sia pure soltanto per trarne profitto e non oltre a ciò per coltivarla, non abbiamo esempio fuorchè nei luoghi completamente deserti o dove la popolazione umana non è ancora giunta.

Nell'America del Sud, a mo' d'esempio, noi troviamo tuttora delle immense ed impenetrabili foreste, ove si sviluppa tutta la lussureggiante vegetazione equatoriale. Nella Colombia, nella Guiana e nel Brasile poi, in modo speciale, si trovano delle selve immense, in cui le palme e le felci arborescenti formano per la loro abbondanza la qualità predominante: queste sono le così dette *foreste vergini*. Nel Brasile vi sono anche foreste di arboscelli detti *catrigas*; nel Perù si hanno foreste di china-china; nelle Ande foreste di *cactus*; nei Pampas si ha l'*ombù* selvatico a produzione isolata. Ora in queste località non intervengono certo rapporti di vicinanza tra proprietari di fondi, poichè si tratta di vastis-

Digitized by Google

sime estensioni, le quali, quantunque non possano chiamarsi deserti per mancanza assoluta di vita organica, tuttavia sono deserti per la mancanza di abitanti e di popolazione, vuoi stanziale, vuoi nomade. Certamente, dal punto di vista economico e giuridico, le piantagioni hanno maggiore importanza, quando e laddove in esse si manifesta l'opera e la destinazione dell'uomo, che non quando esse sorgono e si sviluppano per la semplice opera della natura. Non già che non si possa trarre profitto, giuridicamente ed economicamente. da una piantagione dovuta alla produzione esclusiva della natura; ma gli è che, quando la produzione non è preordinata per suoi fini speciali dall'opera intelligente dell'uomo, essa non sempre può e del tutto rispondere al disegno e agli interessi dell'uomo stesso. L'uomo sa approfittare delle ricchezze di natura dove e come le trova; ma è molto meglio se trova modo di valersi delle forze produttive della natura per trarne i vantaggi che possono rientrare in un determinato piano di destinazione già riposto nella sua mente: poichè l'uso migliore è appunto quello che risponde ad un concetto preordinato e ragionevole e non alla risoluzione istantanea come di chi si trova di fronte ad un benefizio insperato, riguardo al quale non siansi potuti esplicare i calcoli della speculazione.

Del resto, dal punto di vista della loro classificazione giuridica tra i beni, l'art. 410 Cod. civ. annovera gli alberi tra i beni immobili, fino a che non sono atterrati. Si dubitò invero se le piante cedue si dovessero annoverare tra gli immobili; ma il dubbio, sorto nei lavori di compilazione del vigente codice come eco di discussioni precedenti nel campo della dottrina, fu totalmente eliminato nel Codice stesso con una disposizione recisa che non ammette si distingua tra piante cedue e piante non cedue. La volontà dell'uomo non può neppur essa cambiare la condizione giuridica degli alberi da immobili in mobili per una qualsiasi destinazione che si possa dare ad essi. Nè il fatto che gli alberi si vendano separatamente dal fondo importa che possano essi considerarsi come cose mobili prima che dal fondo stesso siano distaccati per consegnarsi al compratore; e che debbano considerarsi immobili rispetto ai contraenti, non già rispetto ai terzi.

Digitized by Google

Questa distinzione non è nella legge e non può accettarsi dall'interprete, poichè sarebbe arbitraria: ed inoltre è contraddetta dal fatto che in una futura evizione sono compresi anche gli alberi non ancora staccati dal suolo, quantunque essi abbiano formato oggetto di un contratto di vendita anteriormente alla vendita del fondo. Ciò non toglie d'altra parte che la destinazione del proprietario che vende gli alberi del suo fondo separatamente dal fondo stesso abbia effetto di rendere mobili gli alberi venduti, nel senso che si debba ritenere la vendita come vendita di mobili, avuto riguardo all'epoca nella quale la vendita dovrà essere eseguita.

Ma qui bisogna soprattutto badar bene alle espressioni, perchè non ne risulti un contrasto e la nostra opinione apparisca ben chiara. POMPONIO nella l. 8, Dig. 18, 1, dice: *nec emptio, nec venditio sine re quae reneat potest intelligi; et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, quum editus esset partus, jam tunc quum contractum esset negotium, renditio facta intelligatur.* Se dunque si può concepire la vendita di una cosa futura, può benissimo concepirsi la vendita d'una pianta o di più piante che saranno distaccate dal fondo, per quando il distacco stesso avverrà; e ciò tanto più col sistema del nostro Codice, che considera perfetto il contratto anche di vendita al momento in cui il consenso è stato emanato. E questa vendita di piante non ancora distaccate è perfetta quanto la vendita d'un parto futuro: così la pianta come il parto possono non distaccarsi vuoi dalla terra che è madre alla pianta, vuoi dalla femmina che è madre all'animale, ed in tal caso, per mancanza di oggetto, la vendita stessa cade o si risolve, senza che questa risoluzione tolga la perfezione del contratto al momento in cui quella vendita fu contratta. Ma, come la vendita di un corpo animale morto è diversa dalla vendita di un corpo animale vivo, così la vendita di un vegetale vivo (e il vegetale non può vendersi vivo se non aderente, per lo meno, a qualche zolla di terra che lo alimenti ed in quantità sufficiente per alimentarlo almeno durante il suo trasporto da un terreno vegetale ad altro terreno vegetale) è diversa dalla vendita d'un vegetale morto. E, come l'animale non ancora staccato dalla matrice vive della vita materna, così il vegetale vive della vita della terra,

Digitized by Google

che è la sua gran matrice, fino a che non ne è distaccato: con la differenza che l'animale, distaccato dalla matrice maturamente, può essere atto a vivere d'una vita propria; mentre il vegetale, distaccato dalla terra che lo alimenta, non è vitale e può senz'altro considerarsi subito morto alla vita vegetativa. Ma, come si può vendere un cadavere animale, può indubbiamente vendersi un cadavere vegetale: ed allora la vendita si concepisce come vendita del vegetale quando sarà cadavere, cioè quando sarà distaccato dal suolo in epoca che dipende esclusivamente dalla volontà dell'uomo, alla quale spetta compierne il distacco in una determinata epoca.

Come si vede, non è la possibilità del distacco di certe piante le quali chiamansi cedue che serve a determinare il cambiamento della natura giuridica della pianta da mobile per accessione in immobile per destinazione; poichè la pianta rimane immobile in ogni caso fino a che aderisce al suolo e vive di vita vegetativa e diventa mobile solo per distacco dal suolo. Non è la possibilità dunque del distacco, ma la realtà, l'effettività del distacco che caratterizza il passaggio alla categoria delle cose mobili. V'ha di più: quelle che diconsi piante cedue, specialmente perchè appartenenti a boschi cedui, non sono già destinate a vera e propria morte, bensì ad amputazione che non ne compromette le radici, e che, quando è fatta seguendo tutte le regole dell'arte, non compromette la vita delle piante tagliate; la qual cosa significa per l'appunto che non si vende la pianta o non si taglia la pianta considerata nella sua unità individuale di vita e di vitalità, ma si vende qualche parte della pianta stessa, il cui distacco non ne compromette l'ulteriore sviluppo.

Per il che, di regola generale, basta non toccare la radice, ossia non procedere all'estirpazione della parte di pianta che trovasi nel sottosuolo e che trae dalla terra l'alimento necessario alla vita e allo sviluppo della pianta stessa tutta quanta essa è o può divenire in progresso di tempo. Solo un deplorevole equivoco può scambiare la perfezione futura della vendita, protratta all'epoca della separazione della pianta dal suolo per le sue radici, con un'anticipazione della trasformazione in mobili per destinazione di cose immobili per accessione: nè il frammento citato di Pomponio, nè i principî

Digitized by Google

generali di ragione autorizzano davvero una tale *fictio iuris* che non è nè necessaria nè utile; dappoichè la nostra versione, pur non alterando nè variando le conseguenze, ha il pregio di rendere più esatta e più giuridicamente logica la premessa.

S'intende che le tasse e le leggi finanziarie da applicarsi ai contratti di vendita delle sole piante, e cioè delle piante distaccate o da distaccarsi dal suolo con le radici e tutto, del pari che le vendite del taglio di piante non completamente estirpate o da non estirparsi completamente, sono quelle che si applicano alla vendita di cose mobili: la natura dell'atto, determinata dal consenso delle parti, è questa che si vendano cose mobili, quando mobili diverranno per il loro distacco dal suolo, secondo le regole generali relative alla distinzione dei beni.

In materia di servitù prediale, l'albero ci apparisce esclusivamente nella sua fase di accessorio al fondo da cui trae il suo alimento; ci apparisce insomma come immobile per accessione od alimentazione. Ma, siccome la sua individualità vitale, il suo sviluppo organico è diverso dal modo di essere e di comportarsi della terra sulla quale esso è radicato, accade che la funzione giuridica alla quale esso può adempiere è tutta una funzione propria che si presta a considerazioni autonome e ad una sistemazione indipendente. Due cose sopra tutto si notano in questa funzione indipendente dell'albero, dal punto di vista delle servitù prediali: l'albero getta ombra sulla superficie della terra e l'albero si estende colle sue radici nel sottosuolo. Col gettare ombra l'albero contraria talune specie di coltivazione dei campi, per le quali è necessaria l'azione dei raggi solari; coll'invadere il sottosuolo per mezzo delle radici l'albero rappresenta una specie di pericolo nascosto ed esercita la sua influenza negli strati sotterranei del vicino, in modo diverso a seconda delle circostanze e della posizione dei luoghi. Il meno che possa accadere, allorchè le radici si espandono, si è che queste invadano il sottosuolo del fondo vicino, anche senza un danno attuale o calcolabile alla coltivazione o ai soprasuoli del vicino stesso. L'invasione del suolo altrui rappresenta senza meno un attentato contro la proprietà del suolo invaso; e questo attentato evidente-

Digitized by Google

mente non può essere approvato dal diritto e costituisce un vero e proprio dato antigiuridico, a parte il danno che da esso provenga o possa provenire. E ciò deve tanto più dirsi per le radici di quelle piante, le quali sono caratteristiche per la grande diffusione loro.

Si potrebbe rispondere a queste osservazioni che il vicino sul quale tali radici si diffondano per la loro grande tendenza alla diffusione può averne facilmente ragione, estirpandole qualora ciò gli faccia comodo e nel modo migliore che a lui faccia comodo: o in occasione di arature o in qualsivoglia altra occasione adatta, oppure dedicandosi di proposito a tale bisogna. Senonchè è da replicarsi ancora che un proprietario non deve esser messo a tale disagio nella sua proprietà per fatto d'altri, che siagli d'uopo provvedere straordinariamente ed appositamente ad estirpazioni o rimozioni di radici del vicino. Questo sarebbe pretender cosa esorbitante dai lavori di ordinaria manutenzione e che menomerebbe l'autonomia del diritto di proprietà, mettendolo in balìa di altri; oltre a ciò creerebbe il parassitismo a favore d'un vicino e a danno dell'altro vicino, perchè il proprietario delle piante le cui radici si espandono sul fondo vicino per le piante stesse trarrebbe nutrimento da terreno non suo, togliendone altrettanto alle colture che il proprietario del fondo vicino facesse o intendesse fare su di quello.

In questa posizione di fatto vi è quel tanto d'abuso e di prepotenza che la legge può e deve divietare e reprimere per evitare non già il difetto di contemperamento tra due o più diritti di proprietà, ma addirittura la violazione dei confini tra proprietà vicine. Del resto, chiamare semplice violazione di confini una tale invasione di radici è già più che altro un eufemismo, perchè l'espansione abusiva delle radici essendo un fatto che avviene fuori della vista e dell'apparenza sì degli interessati come degli spettatori, perchè si verifica negli strati sotterranei, ha in sè quel tanto di clandestinità che basta a metterla senz'altro in luce sfavorevole nel campo giuridico e porta in sè stessa come le stimmate del torto. Togliamo l'elemento della clandestinità, perchè non voluto direttamente dal proprietario dell'albero, le cui radici si protendono illecitamente (ed anche perchè questo elemento

Digitized by Google

cesserebbe di avere importanza sin da quando l'illegale protensione delle radici fosse a cognizione del proprietario del terreno invaso dalle radici stesse): resta sempre la circostanza che le radici rappresentano un vero e proprio *immissum sub terra* non meno pericoloso o dannoso di un *immissum super terram*. Questi *immissa*, qualunque ne sia la specie, appartengono tutti alla medesima categoria giuridica di atti divietati perchè contravvengono ai diritti del proprietario, se non altro, come si disse, togliendo alimento ai vegetali che sono o possono trovarsi nel fondo del vicino dove le radici penetrano indebitamente.

Il proprietario del fondo dove ha luogo l'invasione arbitraria delle radici del vicino troverà infatti che ogni sua specie di coltura sul luogo stesso dove quelle radici si sviluppano sarà contrariata o sfruttata per l'esistenza di queste radici stesse; e, forse, mentre egli ascriverà alla qualità della terra o all'inclemenza della stagione o alla poca abilità propria nel piantare o nel seminare le cause d'una produzione stentata, il tutto si dovrà, sia pure in un relativamente esiguo spazio di sottosuolo e corrispondente superficie di suolo, a questa illegale invasione delle radici altrui. Non serve obbiettare dall'altra parte che il danno è modico, l'inconveniente limitato, il disequilibrio tra diritto e diritto insufficiente ad una provvidenza del legislatore o del giudice. Non vale perchè la lesione d'un diritto pieno, qual'è il diritto di proprietà, non si misura quantitativamente per entità economica o patrimoniale, ma qualitativamente, ossia per entità giuridica. E, dal punto di vista dell'entità giuridica, la circostanza dell'immissione caratterizza sufficientemente la posizione abusiva da una parte e la sofferenza ingiusta dall'altra: due circostanze che si completano in una conseguenza unica dal contenuto ben chiaro e determinato. Inoltre il danno o pericolo che deriva al vicino da tale arbitraria invasione di radici non può senz'altro chiamarsi sempre insignificante, perchè può avvenire talora per un'estensione abbastanza lunga di territorio e per una considerevole ramificazione di radici in quelle piante nelle quali le radici sono molto prolifiche ed invadenti, si dividono e suddividono illimitatamente nello espandersi che esse fanno. Nè deve trascurarsi la circostanza

Digitized by Google

dell'ombra proiettata dalle piante per le loro cime frondose; ombra che può senza dubbio assai fuor di proposito cadere nel fondo vicino, oltre il confine, e quivi danneggiare per altro verso la vegetazione del suolo.

Tutti questi inconvenienti delle piante, o per le radici o per i rami, evidentemente procedono dallo sviluppo della vita organica delle piante stesse e si devono alla natura e alle fasi della vegetazione: per la qual cosa noi non potremmo farcene un'idea esatta ricorrendo all'analogia coi fatti della terra spoglia di vegetazione o coi fenomeni che possono procedere dal così detto mondo minerale. La forza d'espansione delle radici e la direzione di tale espansione non sono ancora calcolate nè forse potranno calcolarsi mai in modo da esigere certe determinate precauzioni nelle piantagioni, come nelle escavazioni di confine: se pure non si tratta dell'evidente utilissima ed infallibile precauzione della distanza dal confine stesso. E ciò sia detto tanto più per i tempi attuali, nei quali non può constatarsi che la botanica, in confronto delle altre scienze, abbia fatto davvero un grande progresso, specialmente per quanto concerne le modalità dell'alimentazione delle piante e la direzione del loro sviluppo organico. Conviene pertanto contentarsi di considerare il rapporto giuridico, per dir così, terra terra, senza assurgere ad una vera e propria motivazione scientifica o ad un sistema che possa meritare il suffragio di formole matematiche: e se i provvedimenti del legislatore o quelli del giudice potranno essere tacciati di empirismo, conviene ricordarsi che questo empirismo è, forse, non il migliore ma l'unico mezzo per sistemare rapporti ai quali non può darsi una vera e propria soluzione matematica a mezzo di formole o regole fisse. La sistemazione sarà approssimativa, ma meglio tale che niente: e meglio ancora una soluzione generale, di portata, diremo così, media, che non una soluzione speciale per ogni categoria di casi e involvente difficoltà considerevoli di classificazione e di applicazione.

11. Le piantagioni al confine tra due fondi possono del resto avere diversi uffici, nella pratica. Possono starvi per adornamento, come potrebbero essere collocate in altra parte

Digitized by Google

qualsiasi del podere; oppure possono starvi a scopo di coltivazione precisamente appunto come potrebbero stare altrove; oppure anche potrebbero starvi come indizio di confine. In quest'ultimo caso non è raro che intenzione di chi ve le ha collocate sia stata anche di procacciare qualche cosa di gradevole per la vista, un disegno estetico, una prospettiva di bell'apparenza: e ciò sia indipendentemente come in modo connesso alla designazione del confine. Vi sono dei poderi che fanno appunto bella mostra di alberi d'alto fusto in siffatte località di confine ed anche per tutta una zona adiacente, dando bella e simmetrica apparenza di sè e molte volte assai più dilettando l'occhio che non recando giovamento o utilità di produzione: e questo dura fino a che non sopraggiunge il calcolo per eliminare l'ombra di questi alberi e rendere invece più proficua la coltura a cereali. Certamente le piantagioni vicine al confine non corrispondono per valore giuridico ai segni di confine, quantunque possano indirettamente servire per determinare il confine. Se esse sono proprio sulla linea di confine, per disposizione della seconda parte dell'art. 569, si reputano comuni purchè non vi sia titolo o prova in contrario: per lo stesso principio l'articolo precedente aveva disposto che ogni siepe tra due fondi è reputata comune ed è mantenuta a spese comuni, eccettochè un solo fondo sia cinto o vi sia termine di confine o prova in contrario. Vi sono pure degli alberi che servono di limite, trovandosi in siepi comuni, e anche questi si reputano comuni, non possono tagliarsi se non di comune consenso o dopo che l'Autorità giudiziaria abbia riconosciuta la necessità o la convenienza del taglio (art. 569, ultima parte): ma questi si trovano proprio sulla linea di confine. Se non si trovano sulla linea di confine, non sono più comuni, ma appartengono al proprietario del fondo sul quale essi sorgono. Certamente, partendo dal concetto che queste piantagioni debbano serbare una certa distanza dal confine col fondo vicino, la loro disposizione dovrà esser parallela alla linea di confine e dovrà mutare con questo o rettificarsi con questo ogni volta che si appalesi insufficiente al minimo prescritto dalla legge. Ma, poichè il confine stesso è un termine di confronto per determinare la legalità di queste

Digitized by Google

distanze, sarebbe una pericolosissima petizione di principio pretendere invece di determinare il confine da queste piante, in considerazione della distanza che dal confine stesso serbare debbono esse piante, delle quali noi dobbiamo appunto per lo contrario dimostrare la regolarità della posizione. Verso il confine o sul confine tra due fondi non vi sono altri punti certi ed invariabili all'infuori dei termini legalmente stabiliti e legalmente mantenuti; se v'è qualche cosa da rettificare o da correggere, sono appunto questi termini, perchè a questi termini si rapportano tutte quante le distanze dal confine. Ciò non esclude che, trattandosi di rettificare i termini stessi, si possa trarre argomento od indizio anche da queste piantagioni, allorchè per qualche mezzo concludente di dimostrazione resulti che esse furono collocate regolarmente e alla voluta distanza dal confine: ma non è però detto che queste piantagioni debbano o possano servire esclusivamente come punto di partenza per determinare la linea di confine, all'infuori di altri calcoli o di altre considerazioni di ordine prevalente e davvero decisive. Bisogna tener conto in taluni casi anche dello spostamento che le radici e con le radici i tronchi di questi alberi posti al confine possono aver subìto come conseguenza delle mosse di terra dovute alla soverchia violenza delle acque in rapporto con l'inclinazione del suolo: conviene tener conto delle alluvioni e di tutto quanto il materiale che nel corso dei tempi può essere aggiunto o tolto ad una data zona territoriale sottoposta a coltivazione. Poichè le stesse peripezie che può subire una pianta, ed anche maggiori, possono travolgere i segni di confine o termini lungi dal posto che loro spetta per la designazione del confine stesso: evidentemente in questo caso conviene ristabilire la regolarità del confine, e la distanza delle piantagioni deve anch'essa essere meglio determinata, o, per dir meglio, ricondotta alla misura legale. Incertezza per incertezza, variabilità per variabilità, è meglio per certo non moltiplicare il male e farsi da una parte sola per togliere di mezzo gli inconvenienti tutti, coordinando ad una soluzione presa come punto di partenza tutte le altre soluzioni che ne discendono come conseguenze o punti d'arrivo. Questo ragionamento è della massima evidenza e non può

Digitized by Google

tacciarsi certamente di esagerazione dal punto di vista delle cautele alle quali è e delle maggiori alle quali sembra ispirato: se non altro è l'espressione del comune buon senso e si giustifica anche per la sua portata pratica e la sua efficacia a dirimere le controversie. Se la piantagione si riduce così tanto instabile quanto è instabile la linea di confine, ossia se la instabilità nella distanza della piantagione è destinata a seguire la instabilità della linea di confine, non per questo è a ritenere la soluzione additata siccome imperfetta od insufficiente, perocchè questo è nella natura delle cose e nella inevitabile correlazione degli eventi e non vi si può togliere od aggiungere niente. Inoltre d'altra parte, se la forza delle acque o qualche altra circostanza la quale cagioni una mossa di terreno, trasporti la piantagione di confine ad una distanza maggiore di quella che è prescritta dal confine stesso, vi sarà la possibilità di portare, se si vuole, queste piantagioni più davvicino al confine, fin dove lo richiegga la distanza prescritta dalla legge medesima.

Ordinariamente, queste piantagioni di confine sono regolari e uniformi quanto basta per unire un po' d'effetto estestico e simmetrico con una specie di sicurezza di posizione parallela a quella del confine: queste due circostanze, prese insieme, per certo non sono sufficienti a determinare la figura giuridica delle piantagioni stesse, ma ci dànno quasi un quadro dello stato di fatto al quale si tratta di far corrispondere la configurazione di diritto. Se si tratta di una piantagione in linea di corrispondenza al confine, certamente la legge non richiede che vi sia parallellismo ed equidistanza perfetta col confine e dal confine, in tutte e singole le parti della piantagione stessa: l'essenziale è che ogni parte di questa linea di piantagioni conservi appunto la voluta distanza. E si noti bene che la distanza stessa vuole essere serbata pianta per pianta, anche se ne resulti una certa deformità in tutta quanta la linea della piantagione, considerata nel suo complesso: che del resto, se il proprietario della piantagione stessa intende ricavarne degli effetti simmetrici, altro non ha da fare fuorchè sovrabbondare nelle distanze per modo che pur le piante situate più davvicino al confine si trovino sulla stessa linea di quelle che ne sono più lon-

Digitized by Google

tane. In ogni caso, purchè abbiano un certo nesso col confine, queste piantagioni si chiameranno sempre piantagioni di confine e come tali dovranno trattarsi sotto ogni punto di vista per la loro regolazione giuridica e per l'apprezzamento della loro condizione di fronte alle distanze legali. E, se vi fosse qualche disposizione anche in ordine al taglio dei rami per riguardo all'ombra che i rami stessi possono proiettare sul fondo vicino, anche questa disposizione dovrebbe mantenersi per ogni caso singolo, poichè la legge non considera già (e nol potrebbe) la piantagione nel suo insieme, ma la considera per ogni singolo individuo di cui è composta. E il tutto resta anche fermo quando trattasi di piantagione di confine costituita da piante a vivaio, ossia destinate a scopo di riproduzione: in tal caso si deve intendere ripetuto per filo e per segno quanto dicesi in ordine alle piante già sviluppate pienamente e anche di quelle abbandonate a sè in libero sviluppo, anche se formino un vero e proprio bosco ed anche se siano nate senza il concorso diretto dell'opera dell'uomo. La legge a questo riguardo non fa distinzione di sorta e neppure l'interprete deve farne; la regola essendo generale e illimitata nella sua applicazione a tutti i casi possibili e immaginabili. O tagliare, anzi svellere la pianta, o tenersi alla distanza legale. Poichè il voto della legge non è neppure adempito, qualora queste piante si mozzino rasente terra e magari siano ricoperte o dissimulate altrimenti nel primo strato dell'*humus* e negli strati sottostanti. Finchè v'ha traccia di vita vegetativa e vitalità in quella radice, essa deve tenersi alla voluta distanza dal confine, perchè non tanto l'ombra o la protensione dei rami (circostanze delle quali si parla in altra sede), quanto piuttosto l'invasione delle radici è dannosa al fondo vicino per le forze alimentari che si appropria e consuma e che sottrae al suolo confinante di cui la proprietà spetta ad altro proprietario. Per evitare ogni discussione in proposito ed anche ogni obbligo di distanza converrebbe che la pianta o la radice fosse morta nel vero senso della parola, vale a dire che non fosse capace di ulteriore sviluppo: piante secche e radici secche non dànno noia e non consumano nemmeno aria. Ed è evidentemente del pari indifferente che si tratti del tronco ori-

Digitized by Google

ginario ovvero di successivi germogli dotati di uno sviluppo proprio, principale o secondario rispetto a quello del tronco da cui sono derivati, poichè la ragione dell'incomodo sussiste ed è indipendente dalla provenienza e dalla genealogia. Ed è del pari indifferente il metodo usato dall' agricoltore per la riproduzione della pianta principale in una germinazione secondaria o successiva della pianta stessa: una cosa sola richiedendosi, e cioè l'esistenza di una vita organica che vegeti a carico degli elementi della terra.

Talune piantagioni possono esistere anche sulla linea di confine o sopra la linea stessa e possono anche essere state poste come complemento di una designazione lapidea di confini, oppure possono esse stesse servir di limite. Evidentemente, non essendovi ragione, data la situazione di esse, di ritenerle come appartenenti piuttosto all'uno che all'altro dei vicini, la logica stessa induce a considerare che siano comuni tra entrambi. Questo è disposto espressamente dall' art. 569 Codice civile non solo per gli alberi che stanno a sè, ma anche per gli alberi sorgenti nella siepe comune. Ma una siffatta comunione produce effetti diversi, secondochè gli alberi si trovino internati in una siepe comune oppure sorgano isolati ed indipendenti sulla linea di confine. Nel primo caso, siccome si considerano compenetrati nella siepe, la quale già basta di per sè senza di essi per determinare la linea di confine, possono, quasi inutili per lo scopo della confinazione, essere atterrati a richiesta dell'uno o dell'altro dei due proprietari. In questo caso l'albero propriamente non serve come limite e quindi può benissimo tagliarsi od atterrarsi anche senza il comune accordo, ad iniziativa di uno dei vicini. La legge dice che ciascuno dei due proprietari può chiedere l'atterramento di un tale albero; ma chiedere a chi e da chi ottenere? Qui il magistrato non entra, perchè non è detto come nell'ultima parte dell'art. 569: nè d'altra parte è detto che uno dei vicini anzichè l'altro sia tenuto all'atterramento stesso, talchè sembra naturalissimo che l'atterramento debba avvenire ad opera, cura e spese di chi lo richiede per proprio interesse: salva la rivalsa verso il vicino partecipe agli utili dell'atterramento degli alberi perchè comuni. Il consenso dei vicini è invece richiesto quando si

Digitized by Google

tratta non solo di alberi comuni, ma di alberi che servono (da soli o insieme con termini lapidei) di limite tra due fondi, allo stesso modo che per asportare delle pietre di confine occorre un tale consenso: che se manca il consenso, è necessario l'intervento dell'Autorità giudiziaria, la quale deve manifestare il suo giudizio riconoscendo la necessità o la convenienza del taglio. Il che significa potersi dare dei casi, nei quali il taglio non solo non sia ammesso da entrambi i proprietari, ma non sia e non apparisca nè necessario nè conveniente al magistrato stesso: e questi casi d'ordinario sono i casi di emulazione tra l'uno e l'altro vicino, vale a dire i casi in cui uno dei vicini nega l'atterramento che l'altro richiede per semplice desiderio di contraddizione o smania di fare, come volgarmente suol dirsi, dei dispetti. Ora invece un tale atterramento, appunto in quei determinati casi nei quali vi è opportunità o necessità ma non c'è consenso dei vicini, è ordinato dal giudice in vista dell'interesse prevalente e che si presenta come più degno di tutela giuridica: la quale ingerenza del giudice noi abbiamo avuto più volte occasione di riscontrare per il regolamento di varie figure di servitù prediali in occasione di conflitti tra due o più interessati. Qui per vero non si tratta di servitù, ma di semplici rapporti di vicinanza, quantunque qualificati dalla funzione di limiti attribuita agli alberi stessi di confine; ma, appunto perchè si tratta di rapporti di confine, la posizione giuridica è molto simile a quella delle servitù prediali, nel senso che in entrambi i casi deve prevalere il sistema del contemperamento degli interessi dei vicini (che possono essere, almeno nella loro manifestazione esteriore, contraddittori) in un diritto unico, di cui il giudice è quasi il *conditor* ossia il creatore. Del resto, che possa essere opportuno ordinare l'atterramento degli alberi di confine malgrado il dissenso di uno dei comunisti non deve far meraviglia; nè deve meravigliare che talvolta un tale atterramento sia addirittura necessario per evitare qualche inconveniente: p. es. allorchè gli alberi stessi segnino un confine erroneo o poco preciso, od allorchè la loro ombra sia dannosissima alla coltivazione dell'una o dell'altra parte del confine medesimo, oppure quando le radici si estendano talmente da invadere

Digitized by Google

più l'uno che l'altro fondo di confine, in modo che l'onere della comunione non sia punto equamente distribuito tra le parti. Ma potrebbe osservarsi che, siccome tutti i rapporti controversi, compresi quelli di vicinanza, sono sottoposti alla risoluzione del giudice, non vi era punto bisogno di accennare in modo speciale ad una tale risoluzione in questo luogo, poichè la cosa sarebbe venuta di per sè e senza alcuna difficoltà nè speciale determinazione. Però conviene mettere in rapporto il caso speciale con le regole generali relative alla comunione, che non si possono regolare se non di comune accordo tra comunisti: principio generale di ragione che attiene alla pienezza del diritto di proprietà e non ammette eccezioni all'infuori di quelle che il legislatore designò espressamente nei casi singoli. Di conseguenza, quando l'accordo comune non si può conseguire, è logico intervenga l'Autorità giudiziaria e metta d'accordo, se non le volontà, gli interessi delle parti. S'intende poi che l'Autorità giudiziaria, nell'ordinare il taglio di questi alberi, può anche imporre condizioni: può, ad esempio, prescrivere che in luogo di quelle piante si pongano i termini lapidei se non vi sono, o, se già vi sono, si rettifichino acciocchè o dalle piante si possa trarre, finchè esse esistano, quell'indizio che si può maggiore in ordine ai confini stessi, o si possano le piante stesse allontanare siccome inutili alla determinazione di quel confine oppure come ingombranti e atte ad indurre facilmente in errore i vicini anche di buona fede. Questo non è punto difficile allorchè si tratta di terreno che può essere smosso agevolmente, siccome scosceso e posto in giacitura montuosa, dove gli spostamenti di piante e radici sono molto facili a causa delle intemperie e per le facili mosse del suolo in pendio; dappoichè, se il movimento del suolo agisce ad una profondità sufficiente, esso trascina con sè anche le radici delle piante che vi sono approfondate. Molte volte, quando non agisse a tal profondità da trascinare le radici, potrebbe schiantarle e così sopprimere addirittura la pianta che non riuscisse a trascinare; ed allora la natura s'incaricherebbe da sè della rimozione di queste piante ostacoli.

È a notare che per l'art. 569 gli alberi posti sulla linea di confine si presumono semplicemente comuni, quando non

Digitized by Google

vi sia titolo o prova in contrario; in altri termini per effetto di una presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure* ossia esclusiva di ogni prova o titolo contrario. Allorchè dal titolo o dal genere di prova consentito dalle leggi risulti che gli alberi suddetti non sono comuni, essi vanno indubbiamente assoggettati al regolamento delle distanze come se si trattasse di alberi non posti sulla linea di confine: il che significa, in buoni termini, che essi non possono rimanere su quella linea di confine, non appartenendo essi al regime della comunione. Evidentemente, questi alberi per un certo tempo hanno potuto esser comuni, e poi in ultimo possono esser divenuti di proprietà di uno solo dei vicini per effetto d'usucapione o di prescrizione acquisitiva da parte di uno dei vicini stessi. Senza dubbio, allorchè le parti non adducono mezzi speciali di dimostrazione in contrario, l'impressione prima, che cioè questi alberi siano comuni, resta padrona del campo di tutta quanta la situazione giuridica e determina l'applicazione della seconda parte dell'art. 569, ossia esclude qualsiasi applicazione di distanza, nel senso altresì che, se anche una distanza fosse prescritta, non si saprebbe a quale dei due comunisti renderla obbligatoria, poichè appunto i comunisti sono ad un tempo vicini tra loro e come comunisti hanno lo stesso identico interesse a tenere quegli alberi sul confine e a non ritirarli nè dall'una nè dall'altra parte, anche perchè una comunione di piante lungi dalla linea di confine per dir giusto non avrebbe neppure un vero scopo pratico. Quando le piante stesse sono veramente sul confine, possono sorgere delle questioni accessorie dipendenti dalla forma del loro sviluppo e dall'ombra che le loro foglie ed i loro rami proiettano o possono proiettare più da una parte che dall'altra del confine, e dalle radici che possono espandersi piuttosto in un senso che nell'altro? Certamente non si potrà pretendere che al confine si tengano delle piante di così perfetta regolarità di sviluppo, dirittura di tronco, distribuzione di radici e di rami, che l'un comunista più dell'altro non debba neppure per poco sopportarne gli oneri: ciò sarebbe eccessivo e contrario ad ogni possibilità pratica, mentre d'altro canto non è cosa seria per nessuno dei due vicini occuparsi delle differenze minime. D'altra parte si eviteranno

Digitized by Google

le piante di fusto mediocre od anche alto o basso, le quali si sa che abitualmente hanno uno sviluppo a tendenza obliquante e irregolare; la qual precauzione conferisce nel tempo stesso all'estetica del confine. Anche le ombre si potranno rendere meno dannose mediante adatto sistema di potatura, che ne lasci tanto da una parte e tanto dall'altra, e coll'uso di alberi di ben alto fusto, la cui cima sia dalla terra al più lontano possibile. Certo è che nei rapporti giuridici non è il caso di adottare dei sistemi o degli istrumenti distributori di aria e di luce aventi una precisione matematica: conviene contentarsi dei dati che offrono una vera importanza pratica. D'altronde, lo stesso stato di comunione fa supporre che nell'interesse comune i comunisti non solo si espongano a tutte le conseguenze della presenza della pianta, ma intendano quasi di accettare tutti gli inconvenienti che si produrrebbero se la pianta stessa fosse rispettivamente ed esclusivamente propria.

12. Senza dubbio il diritto deve raccogliere e far sua la distinzione botanica tra piante o alberi di alto fusto e piante o alberi di fusto non alto; dappoichè quanto si trova in natura non può a meno d'influire nell'ordine giuridico. Vi sono piante la cui età matura non comincia pria dei 75 o dei 100 anni; quali i roveri, i faggi, gli olmi, i tigli, i carpini, gli abeti e simili. Si ritenne anche, nonostante la disposizione del n. 2 dell'articolo 579 del Codice, che si debbano considerare come alberi di alto fusto i ciliegi, qualora per la razza alla quale appartengono e per la coltivazione che si fa di essi possano raggiungere la notevole altezza di 15 metri: e ciò, quantunque tali ciliegi siano tenuti bassi con tagli periodici. Ma quali sono i criteri razionali e pratici che fanno distinguere gli alberi di alto fusto dagli alberi di fusto non alto? Il buon senso dice anzitutto che, sulla scorta della lettera della legge, ragione della distinzione è l'altezza del tronco. Ma quale, la loro altezza attuale o la loro altezza potenziale dipendente dalla natura di essi? Se un proprietario si obbliga di tenere i suoi pioppi a capitozza oppure di sottoporre a tagli periodici le sue querce o i suoi cipressi? Il non far dipendere la distinzione tra piante di alto fusto e piante di fusto non alto,

Digitized by Google

sempre, che dal modo di coltivazione o di allevamento delle piante stesse, equivarrebbe non solo a rimettere nell'arbitrio del proprietario quella scelta tra l'una e l'altra categoria di classificazione che la legge volle a sè riserbata; ma condurrebbe ad una strana mobilità di classificazione, perchè una stessa pianta potrebbe essere talora di alto fusto e talora di basso fusto a seconda delle circostanze. Nel tenere una norma costante per distinguere tra alberi di alto fusto e alberi di fusto non alto il legislatore ebbe presente anzitutto l'altezza del fusto come indizio di espansione e dei rami e delle radici dell'albero stesso; l'essenza della pianta, così come risulta dalla sua costituzione botanica e dal suo sviluppo organico non può non influire sul regolamento delle distanze. Epperciò l'art. 579 Codice civile si propose di condurre a termine la distinzione tra piante di alto fusto e piante di non alto fusto, *quanto alle distanze.*

L'espressione non sarà stata troppo felice; ma il Codice ha voluto dire che la distinzione non intendeva fondarsi già sopra una determinata altezza che avesse a costituire quasi il *punctum discriminis* tra l'alto e il basso fusto, ma intendeva tener presente la opportunità di una maggiore o minore distanza per lo sviluppo maggiore o minore delle radici e dei rami; talchè la distanza non rappresenta già la ragione dell'essere la pianta di alto fusto o di fusto non alto e neppure il termine di raffronto a questa distinzione (per modo che la distinzione stessa può raffrontarsi ad altre circostanze o ad altre misurazioni o ad altre considerazioni), ma rappresenta per così dire la preoccupazione dello scopo finale che il legislatore si propose nel dare a questa distinzione una portata pratica nei rapporti di vicinanza. Certo l'espressione del Codice, presa nel suo significato letterale, sa di un empirismo veramente desolante; almeno si fosse detto *quanto alla determinazione delle distanze*, o *per gli effetti della determinazione delle distanze!* In tanta ricchezza di parole e di espressioni, che la lingua italiana offre, pare fino impossibile che il legislatore non abbia trovato modo di farsi meglio intendere; quasi che dell'oscurità egli si fosse fatto uno scopo od una missione, dal momento che ciò non accade nè poche volte nè poco gravemente. Prima si deve

Digitized by Google

stabilire se l'albero o pianta sia o no di alto fusto; e, stabilito questo (non prima), si passerà al regolamento delle distanze: e però il legislatore, allorchè determina le distanze diverse per i castagni e per i gelsi, è già persuaso che i castagni siano piante di alto fusto e i gelsi piante di fusto non alto. E, per quanto egli dica: *le tali piante sono riputate di alto fusto o di fusto non alto oppure sono equiparate* (per le distanze, cioè per gli effetti delle distanze) *alle piante od alberi di alto fusto o di fusto non alto*, tuttavia una convinzione pur deve averla in ordine a tale distinzione, e deve averla fondata su qualche criterio di ragione.

Senza dubbio il legislatore si è preoccupato della diversità delle opinioni, e della possibilità che tali divergenze non riescissero a produrre un accordo od a chiarire comecchessia la materia che forma il contenuto della distinzione. Pare ch'egli dica: posso errare, ma intanto per lo meglio annovero i ciliegi, che taluni vogliono tra le piante di alto fusto, tra quelle invece di fusto non alto; padroni tutti di discutere *de lege condenda*, ma inutile ogni discussione *de lege condita*. Epperò è a ritenersi che l'enumerazione fatta dal legislatore nell'articolo 579 Codice civile sia sacramentale e imprescindibile; bene o mal fatta, non importa, ma tale è e porta come criterio quello dell'altezza notabile o breve del fusto, diviso in rami o semplice che esso sia. Tuttavia è a guardarsi se il legislatore sia stato conseguente a sè stesso nel riporre tra gli alberi di alto fusto i noci, i castagni, le querce, i pini, i cipressi, gli olmi, i pioppi, i platani, gli alberi di robinie e i gelsi della China; tra gli alberi di fusto non alto i peri, i meli, i ciliegi, tutti gli alberi da frutto non annoverati tra le piante di alto fusto, i gelsi, i salici, le robinie a ombrello e altre simili. E questo il legislatore ha stabilito tenendo appunto in considerazione il fusto che sorge o il fusto ch'è sorto: il che c'induce naturalmente a tener conto della natura delle piante stesse e della loro forza di assorbimento per via delle radici, poichè questo assorbimento è quello che sottrae forza nutritiva alla terra del vicino e rende non solo pericoloso o dannoso per l'occupazione, ma anche per l'alimentazione, il protendersi di quelle radici oltre il confine.

Digitized by Google

Ad ogni modo, non vi è ragione di ritenere che l'indicazione fatta dal legislatore di questa o quella qualità di piante per classificarle tra piante di alto fusto e piante di fusto non alto debba ritenersi soltanto fatta *demonstrationis causa* e non a scopo tassativo od enunciativo: poichè il legislatore stesso non avrebbe potuto a questo riguardo aprire la sua mente in modo più chiaro. E però, a nostro modo di vedere, non può il giudice, sorpassando sulla volontà del legislatore, ritenere di alto fusto piante che il legislatore stesso dichiari di fusto non alto o viceversa. E, se ad esempio vi sono dei giudici, i quali, sia pure in base al parere autorevole di periti, classificano i ciliegi tra gli alberi di alto fusto anzichè tra quelli di fusto non alto, tra i quali il legislatore li comprende, indubbiamente essi commettono una violazione di legge. Nè vale il dire che l'espressione *e simili*, con la quale si chiude la enumerazione delle piante dell'una e dell'altra categoria, valga a rivelare l'intenzione semplicemente enunciativa del legislatore, il quale non poteva certamente riprodurre in un articolo di Codice tutta quanta la classificazione di Linneo. Il legislatore ha indicato espressamente a quale delle due categorie appartengano i ciliegi ed è strana suggestione d'interprete il pretendere di violare la legge in omaggio alla legge stessa e alla volontà di chi la fece; anzi vi è ragione per dire piuttosto che sia una biasimevole ipocrisia. Se il legislatore si è ingannato, da altra parte non si addice a noi correggerlo nè fare il contrario di quanto egli vuole si faccia. E non importa neppure che, colle acacie e gli ontani, la giurisprudenza francese abbia annoverato tra gli alberi di alto fusto anche i salici, che l'art. 579 annovera espressamente fra gli alberi di non alto fusto; la nostra giurisprudenza e la nostra legislazione sono indipendenti dalla giurisprudenza e dalla legislazione francese. Se il magistrato di merito assegnasse ad una pianta o ad un albero una qualità diversa da quella indicata dalla legge nella distinzione tra piante di alto fusto e piante di fusto non alto, egli si renderebbe, per così dire, colpevole di violazione di legge, e la sua sentenza sarebbe passibile di denunzia in Cassazione come qualsivoglia altra sentenza portante una violazione di legge.

Digitized by Google

Per tutte le altre piante o alberi non designati espressamente dal Codice vi è bensì non solo la possibilità, ma anche la necessità di ricorrere all'interpretazione della mente del legislatore e dei criteri della scienza per determinare se si tratti di albero di alto fusto o di alberi di fusto non alto; sempre però fondandosi sulla natura dell'albero o pianta e non sul fatto dell'uomo in ordine al modo come la pianta stessa è coltivata dal proprietario o dall'affittuario o dal colono del fondo in cui essa sorge. La consuetudine dei luoghi sembra che debba avere poca influenza, a questo riguardo; se pure essa stessa non è già basata, a sua volta, sulla natura delle piante di cui si tratta e sulle condizioni o circostanze che ne accompagnano lo sviluppo vegetativo. Ma, di per sè e all'infuori di tali circostanze, sembra doversi dire che le consuetudini locali non abbiano importanza decisiva nè prevalente; come possono averla in mille altre circostanze, in cui non ricorrono ragioni così intimamente collegate colla natura propria dell'oggetto del rapporto giuridico. Neppure la convenzione, precaria o stabile, tra le parti può influire a caratterizzare il rapporto giuridico diversamente da quello che risulta per la natura degli alberi o piante di cui si tratta; altrimenti si sconvolgerebbe la regola giuridica che il legislatore ha avuto in animo di stabilire e di mantenere irrevocabilmente a questo riguardo.

A proposito di questa distinzione tra alberi di alto fusto e alberi di fusto non alto, viene spontaneamente il desiderio di consultare che cosa ne pensassero i Romani. Esaminando un frammento di Gaio relativo alla legislazione decemvirale e collocato come l. 13 nel Dig. 10, 1, in tema di regolamento di confini, ci troviamo di fronte ad un'altra regola ateniese o soloniana posta accanto a quella della distanza eguale alla profondità degli scavi: *at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato; ceteras arbores ad pedes quinque.* Dunque i Romani, sulla scorta degli Ateniesi, non distinguevano tra alberi di alto fusto e alberi di fusto non alto, ma solo, posta una regola generale, credevano bene di farne eccezione per gli olivi ed i fichi. Infatti l'olivo è un albero, che, specialmente propagato per seme e assoggettato all'innesto, trovandosi in aria libera e in terreno propizio, si svi-

Digitized by Google

luppa in molte radici anche a profondità considerevole e assume un'apparenza maestosa; in condizioni favorevoli, esso può acquistare una grandezza straordinaria e vivere per secoli, acquistando posto tra le piante di maggiore longevità. La vita media dell'olivo sottoposto a coltura è calcolata dal RIDOLFI a 60 anni; ma altri ritengono che questa età sia troppo bassa e che per lo meno essa debba essere calcolata tra il secolo e il secolo e mezzo.

Quanto al fico, vi sono pure ragioni simili a quelle dell'olivo (1). Ma le legislazioni moderne non hanno creduto bene tener conto di questa particolarità della regola soloniana;

---

(1) È noto che, come l'olivo nell'antica Grecia e nell'antica Roma era sacro a Pallade che ne avrebbe insegnata la coltivazione agli Ateniesi; e che, come la clava d'Ercole e degli eroi del pari che gli scettri dei re eran fatti d'olivo selvatico, così l'olivo si piantava dinanzi ai templi per appendervi le offerte e le vecchie armi; come pure Virgilio rappresenti Numa Pompilio con un ramo d'olivo in mano. A sua volta, il fico era sacro a Mercurio e forse più in onore presso Roma, dove la tradizione nazionale del *ficus ruminalis* risaliva alle origini del popolo; quantunque gli Spartani usassero farne omaggio a Bacco. Probabilmente il culto del fico viene dall'Egitto, dove, nella celebrazione dei misteri d'Iside e di Osiride, i portatori dei sacri cestelli s'incoronavano di foglie di fico. In Roma il *ficus ruminalis* ricordava la nascita di Romolo e Remo; Tacito racconta che esso, dopo aver vissuto 830 anni, seccò, ma poi fu visto a rinverdire. Molto probabilmente il fico originale che aveva visto allattare i due fondatori di Roma non si conservò mai; soltanto fu piantato a titolo di ricordo e si lasciava morire di vecchiaia; sostituendosi poi con un altro allorquando esso era seccato. Pare tuttavia che i moderni scrittori di cose agricole e di botanica, lungi dall'esaminare la possibilità della parecchie volte secolare longevità del fico ruminale di Tacito, abbiano quasi una certa paura di pronunziarsi sull'età del fico, mentre lo stesso non accade per l'olivo e per la quercia. Al più scrivono taluni che il fico vive dagli 80 ai 90 anni. Certamente, per quanto utile coi suoi frutti, ma non più simbolica, la pianta del fico non ha più ai giorni nostri quella importanza che aveva nell'antica Roma, nè richiama più l'attenzione riverente per le tradizioni patrie; esso è divenuto piuttosto una pianta umile quanto insignificante. Il suo tronco non di rado subisce delle avarie importantissime e si deforma; generalmente però gli uomini sono ingrati verso questa pianta, sia perchè non la curano abbastanza, sia perchè non la lodano neppure quando ne traggono dei frutti squisiti. Dal punto di vista della sua altezza, inoltre, sarebbe forse più esatto annoverarla tra le piante di basso fusto, anzichè tra quelle di alto fusto, prendendo una tale distinzione alla lettera.

Digitized by Google

però, nel silenzio della legge, gli olivi e i fichi si debbono ascrivere alla categoria degli alberi di alto fusto o a quella degli alberi di fusto non alto? Certamente fa impressione il leggere nel n. 2 dell'art. 579 la clausola: *in generale gli alberi da frutto non indicati al numero 1* (in questo numero sono indicati i *noci* e i *castagni* soltanto come alberi da frutto di alto fusto); poichè pare che il legislatore non abbia voluto comprendere tra le piante da frutto di alto fusto gli olivi e i fichi. Ed ecco che in tal caso sorge il dubbio se proprio l'altezza del fusto debba considerarsi come elemento essenziale di una classificazione netta e recisa fondata esclusivamente sulla dimensione dell'albero di cui si tratta e non anche su di altre circostanze più razionali che attengano allo sviluppo organico, alla fruttificazione, alla espansione delle radici.

L'olivo e il fico sono piante che non appariscono di altezza generalmente maggiore del pero, del melo, del ciliegio; perlocchè, da questo punto di vista, sembrerebbe dovessero seguirne la sorte, senza tener conto della loro longevità e degli altri caratteri derivanti dalla specialità delle loro funzioni organiche. Il male in questa materia è che gli studi scientifici sull'espansione delle radici non sono talmente progrediti, da permetterci di fare un calcolo preventivo dell'estensione delle radici stesse; oggi che non pare neppure esatta l'antica regola che l'albero tanto sviluppi in radici normalmente, quanto in rami, o viceversa. E neppure è stabilita la quantità e la qualità di alimenti che ogni pianta per suo conto consuma e domanda al suolo nel quale ha luogo il suo sviluppo; poichè, all'infuori di un'estrema minuzia nelle classificazioni, la botanica è rimasta nell'empirismo in cui era e si trova da tempo sotto l'influenza del metodo della scolastica, talchè solo vi ha una produzione letteraria considerevole riguardo alle piante di qualità superiore e a quelle di qualità inferiore, più che in ordine al tipo medio. Ora, in tale condizione di cose, è evidente che la legislazione civile trova aumentata la difficoltà, poichè dalla vita delle piante singole non resta determinato nè può determinarsi il fabbisogno di esse in ordine alla loro vegetazione, in forza nutritiva presumibilmente o approssimati-

Digitized by Google

vamente da esse sottratta alla terra sulla quale si sviluppano. Reso così impossibile un confronto da pianta a pianta con garanzie di una certa esattezza, evidentemente è d'uopo ricorrere a criteri più grossolani e meno precisi, dai quali non ci possiamo ripromettere una soluzione sufficiente per il nostro scopo; talchè, in fin dei conti, è l'empirismo che predomina in questa parte della legislazione come in non poche altre parti di essa.

Del resto, la considerazione dello sviluppo delle radici non è neppur essa decisiva: per la semplice ragione che il vicino, al quale le radici possono togliere una parte della forza alimentatrice del suolo, può, con lavori profondi quanto basta, mettere al nudo quelle ultime parti e reciderle a suo talento senza per questo incontrare alcuna responsabilità finchè rispetta il regolamento delle distanze e la facoltà del vicino circoscritta appunto da un tale regolamento e non da precauzioni o limitazioni maggiori. Si potrebbe in contrario osservare che non è giusto obbligare il vicino alla fatica e alla molestia dell'estirpazione, allorchè, serbando distanze maggiori si sarebbe sicuri di non dare occasione a simile inconveniente; ma l'osservazione, quantunque teoricamente esatta, in pratica non avrebbe un grande valore, sia perchè in fondo la cosa può anche ridursi ad una importanza minima, sia anche perchè tra vicini eventualità di questa fatta sono reciproche e con rapporti di buona vicinanza sovente gli agricoltori si ricambiano maggiori uffici che quelli non siano di estirpar le radici colla vanga o coll'aratro, quando effettivamente recano danno alla coltivazione che ha luogo *iure proprietatis*. Converrebbe che si trattasse di coltivazione lungamente estesa per giustificare serie apprensioni non eliminate nè da una venia reciproca nè da reciproche concessioni di buon vicinato; tanto più che il taglio delle estreme radici fuor di misura non danneggia sostanzialmente la vita della pianta, nel senso che non ne produce la morte, nè un sensibile deperimento. La legge però ha voluto (se del tutto ha saputo o no, lasciamolo da banda) provvedere agli inconvenienti più gravi e meno compatibili con una buona coltivazione; tanto più se e quando queste invasioni di radici mal frenate coincidessero con

Digitized by Google

qualche intendimento emulativo tra vicini; poichè non è escluso che secondo il metodo di piantagione o di coltivazione delle piante si possa avere una diversa forza espansiva delle piante stesse. Le antiche quercie, ad esempio, la cui maestà costituisce una delle cose più belle della nostra agricoltura, male comportano una situazione al confine, anche dal punto di vista della estensione dei loro rami; per la qual cosa, se pure non si trova già un bosco antico, una volta internato in un fondo unico e poi passato al confine per destinazione del padre di famiglia, l'occhio pratico e sperimentato deve notare bene il fatto e prender cura esatta d'indagare le intenzioni dell'agricoltore e le conseguenze di una tale vicinanza in relazione col fondo confinante, e cioè se per caso allo scopo di risparmiare a sè l'ombra e l'invasione delle radici, il proprietario del suolo sul quale le quercie sorgono, non abbia proposto a sè la scorrettissima finalità di recar danno al vicino. Poichè, in fin dei conti, in questo e in tutti gli altri casi, non è escluso che il proprietario danneggiato possa far ricorso per suo conto alle stesse azioni possessorie, delle quali noi abbiamo ammesso l'esercizio anche in materia di servitù prediali allorchè ricorrano gli estremi indicati dalla legge.

13. Altra specie di piante sono i cosidetti frutici od arboscelli od anche alberi nani; dei quali parla la terza parte dell'art. 579. Queste piante specificate sono le viti, gli arbusti, le siepi vive, i gelsi tenuti nani ed anche le piante da frutto tenute nane od a spalliera e ad altezza non maggiore di due metri e mezzo: esse sono evidentemente meno che piante di fusto non alto, la loro importanza per il nutrimento che richiedono è minima, il loro sviluppo è sempre meno che mediocre. Se le viti, i gelsi, le piante da frutto fossero maritate con alberi di alto fusto, allora potrebbe sorgere il dubbio che esse dovessero seguire il trattamento giuridico delle piante con le quali si sono maritate, ossia appartenere alla stessa classificazione per rispetto al fusto e agli effetti dell'art. 579. In quel caso le distanze sarebbero designate dalla natura di quella tra le piante che ha il primo luogo non per la fruttificazione ed il prodotto che dà, ma

Digitized by Google

per l'alimento che trae dal suolo e per le esigenze del suo sviluppo organico: laonde, pur non vi essendo disposizioni speciali che concernano questa materia, la stessa logica consiglia di risolvere la difficoltà in questo senso e quasi per legge di accessione o di attaccamento; e ciò anche perchè si verifica inevitabilmente il fatto che l'arboscello si appoggia sopra una pianta di grandezza o mole maggiore e di dimensioni considerevoli. La disposizione di quest'articolo in parte riguarda anche piante od alberi che fanno parte di altre categorie e che si distribuiscono nell'una o nell'altra delle categorie stesse a seconda del modo come sono tenute ovvero coltivate. Non è dunque soltanto la natura e la categoria botanica della pianta in sè stessa, ma la categoria alla quale essa va ad appartenere grazie all'opera e alla destinazione dell'uomo, quella ch'è decisiva in materia di regolamento delle distanze. Non si dice insomma la tal pianta è di alto fusto, di fusto non alto o di basso fusto unicamente perchè è la tal pianta; ma in taluni casi anche per il modo col quale essa è tenuta, allorchè può esser tenuta in più modi e per quelle piante appunto le quali comportano una svariata coltivazione. Evidentemente, finchè il gelso è tenuto nano, la pianta da frutto è tenuta nana od a spalliera o ad altezza non maggiore di metri due e mezzo, si applica la disposizione dell'art. 579; ma, per poco che il gelso sia lasciato assorgere ad altezza naturale ossia all'altezza dove può giungere senza la limitazione impostagli dall'uomo nel coltivarlo, la pianta da frutto sia lasciata libera o non più sia sistemata a spalliera, e queste circostanze risultino da una altezza superiore ai due metri e mezzo raggiunta dalle piante stesse, si deve dire senz'altro inapplicabile la terza parte dell'art. 579 e ritenere applicabile secondo i casi una delle due parti precedenti. In un successivo alinea l'art. 579 Cod. civ. si occupa poi delle siepi di ontano, di castagno o di altre simili piante le quali si recidono periodicamente vicino al ceppo, e si occupa delle siepi di robinie: queste sono configurazioni speciali distinte da quella che forma la prima parte del n. 3° dell'art. 579, trattandosi di sistemi di coltivazione i quali debbono essere tenuti nel debito conto per ciò che concerne gli effetti legali. Ma esaminiamo un po' davvicino

Digitized by Google

queste piante. L'ontano può esser d'acqua e può esser di monte, ha fiori unisessuali: esso ordinariamente serve per le siepi e alle siepi è limitata la sua importanza pratica. L'ontano glutinoso giunge fino all'altezza di 18 ed anche di 20 metri: esso, tenuto ad alto fusto, raggiunge in un periodo dai 40 ai 60 anni lo sviluppo più conveniente alla sua utilizzazione; e se ceduo, in condizioni favorevoli può sussistere dai 60 ai 70 anni. Degli ontani non parlano le tre parti precedenti dell'art. 579: la quarta parte parla degli ontani tenuti a siepe e soggetti a recisione periodica, perchè se gli ontani fossero tenuti ad altro genere di coltura ed abbandonati liberi al loro sviluppo, essi dovrebbero considerarsi come piante di alto fusto a cagione della loro altezza ordinaria. Tuttociò serve a ribadire ancora il concetto che non è solo la natura della pianta in sè stessa quella che influisce sulla classificazione ad una o ad altra categoria, ma è anche la coltivazione che di quella pianta si fa dal proprietario la circostanza determinante l'applicazione di una o di altra disposizione relativa alla distanza prescritta dalla legge distintamente a seconda dei vari casi e delle varie ipotesi. Va da sè che il proprietario non può delle piante fare una coltivazione diversa da quella che la natura di esse comporta: soltanto può spaziare tra le varie coltivazioni possibili della pianta e preferire l'una all'altra per sue ragioni particolari e appunto con un atto di destinazione sufficiente a tradurre nel campo esterno la sua intenzione a riguardo di una determinata pianta e in armonia con tutto quanto il sistema di coltura del fondo.

La legge ha voluto mettere le siepi vive accanto alle viti, agli arbusti, ai gelsi nani, alle piante da frutto tenute nane od a spalliera od a piccola altezza (non maggiore di m. 2 $^1/_2$): e per vero, generalmente, neppure le siepi vive eccedono una tale altezza che rappresenta anche condizioni sufficienti di difesa, avuto riguardo alla statura media umana e all'impedimento conseguente di penetrare nel fondo per violare i diritti del proprietario. Vero è che, parlandosi di siepi vive, sembrerebbe si volesse accennare anche alla loro potenzialità vegetativa e alla conseguente possibilità che le medesime sviluppino per altezza, se non siano sottoposte ad un taglio

Digitized by Google

regolare e periodico: taglio di cui nè qui nè altrove del resto il Codice civile parla. Conviene tuttavia notare che non sono molte le specie di siepi, le quali abbandonate a sè stesse e senza il taglio sapiente dell'agricoltore possano eccedere l'altezza di m. 2 $^1/_2$ prescritta per le piante da frutto tenute nane od a spalliera: la loro stessa natura e il loro scopo e la loro forma portano non potersi le medesime formare se non di piante di sviluppo simile a quelle da frutto tenute nane od a spalliera, le quali non crescono ad altezze superiori a quelle per le quali si sviluppa la siepe, poichè altrimenti, come si è già notato, in luogo di siepe si avrebbe bosco. Avrebbe forse fatto meglio il legislatore, se nella compilazione di quella parte dell'art. 579 del Cod. civ. che riguarda le siepi, gli arbusti e le piante nane, e cioè del n. 3°, avesse fissato indistintamente per tutta questa vegetazione l'altezza massima di m. 2 $^1/_2$ per prescrivere la distanza di mezzo metro dal confine, e non si fosse limitato a considerare l'altezza massima suddetta solo per le piante da frutto tenute a spalliera? Non v'è dubbio che con un'espressione talmente estensiva non avrebbe ricevuto danno l'economia e la sobrietà della redazione dell'art. 579, n. 2°; ma è molto probabile che con tuttociò il legislatore abbia ritenuto superfluo di venire espressamente a questa maggiore e più generica cautela senza eccezioni e senza limitazioni e che avrebbe potuto essere tacciata forse di teorica appunto per la parte alla quale non avesse influito a conferire una vera importanza pratica. Altrimenti non si saprebbe come spiegare la speciale ed esclusiva determinazione dell'altezza per le sole piante da frutto tenute a spalliera: per queste essendovi quasi unicamente il rischio che una coltivazione troppo libera e la non osservanza di tagli periodici produca come conseguenza eventuale un'altezza superiore ai due metri e mezzo e però dannosa al fondo confinante. Ad ogni modo lo spirito della legge, se non altro per argomentazione analogica, è questo appunto che il mezzo metro di distanza sia dato per quelle siepi vive e per quelle piante senza distinzione, le quali non eccedano l'altezza di due metri e mezzo. Questo computo non è ispirato, a quanto almeno sembra, al concetto di evitare l'ombra e alla preoccupazione del danno che per l'ombra stessa può

Digitized by Google

derivare al podere del vicino; poichè altrimenti mezzo metro di distanza non basterebbe di certo.

Che dire dei pioppi tramezzati colle siepi morte alle quali servono di sostegno? Debbono essere regolati ai termini del n. 1° dell'art. 579 siccome alberi di alto fusto, oppure dovranno esser messi nella categoria delle siepi vive di cui al n. 3° di quello stesso articolo? A noi sembra che non si debba nè si possa fare confusione tra il pioppo e la siepe alla quale esso serve di sostegno, anche perchè una tale confusione non basterebbe per considerare il pioppo quale un accessorio della siepe stessa. Il Codice infatti non parla di siepi morte, ma di siepi vive e vegetanti, poichè queste ultime soltanto possono rappresentare un pericolo vero e proprio per il fondo vicino. La siepe morta rappresenta un danno per l'ombra, allorchè è tenuta ad una altezza sproporzionata con la distanza; e questo danno è attuale fin dal momento in cui la siepe stessa è messa a posto, non potenziale, non possibile. E poichè non vi è possibilità di danno, vale a dire pericolo, non si applica a questa ipotesi la disciplina dell'art. 579; per la quale si ha di mira non già quella posizione di fatto che apparisce evidentemente all'esterno, ma uno stato di fatto sotterraneo o delle radici le quali tendono ad espandersi in direzioni diverse, e, a seconda delle piante e delle loro distanze dal confine, possono anche invadere il fondo vicino. Ecco perchè l'art. 579 ha di mira unicamente le funzioni vegetative delle siepi, vale a dire le siepi vive: il che non esclude altre disposizioni relative alle siepi morte, perchè la loro presenza troppo vicina alla linea di confine non rechi un vero danno al vicino. Ma nella siepe morta non è racchiusa alcuna insidia o sorpresa per l'avvenire: tuttociò che da essa si deve temere risulta immediatamente, come dicemmo, appena la medesima è situata a posto; purchè, beninteso, dopo averla collocata una prima volta, non si sposti o non si sostituisca con altra siepe egualmente morta ma spinta ancor più verso la linea di confine. Or, se in mezzo a queste frasche, spini o legna morte vi è qualche pianta di pioppo o altra pianta viva e vegetante, lungi dal seguir la sorte del legno morto, farà regola da sè e sarà sottoposta alla disciplina delle piante di alto fusto, se tale deve con-

Digitized by Google

siderarsi quanto alle distanze; delle piante di fusto non alto, se sarà di fusto non alto, e delle piante indicate nel n. 3° dell'art. 579 e nel capoverso del numero stesso, se di queste si tratta. Il rapporto di sostegno che passa tra la siepe morta e le piante vive non presenta dunque alcuna importanza giuridica nel senso di cagionare la confusione o la commistione delle due figure giuridiche in una figura sola dominata da una regola unica. Evidentemente, lo stesso che si è detto per i pioppi, dicasi per qualsivoglia altra pianta o vegetale che trovisi frammisto alla siepe morta sia che si trovi nel mezzo dello spessore della siepe stessa, sia che l'attorni o la spalleggi o vi sia posta agli angoli. Dato anche si abbia una siepe morta accanto e anche aderente alla siepe viva, ciascuna di esse dovrà seguire la propria regola e rispettare la voluta distanza. Le regole relative alle siepi trovano poi una vera esclusione nella possibilità e nell'effettività della comunione d'una siepe di confine. Secondo l'art. 568 Codice civ. ogni siepe tra due fondi è riputata comune ed è mantenuta a spese comuni, eccettochè un solo fondo sia cinto, o vi sia termine di confine o prova in contrario: in questo caso, evidentemente, non si distingue tra siepi vive e siepi morte nè si possono prescrivere distanze: ogni muro o siepe che si trovi sulla linea precisa del confine si presume comune e tale è quasi sempre di fatto, inquantochè risponde a bisogni eguali dell'uno e dell'altro fondo. Ma se il termine non è posto sullo stesso punto nel quale sorge la siepe o se si prova altrimenti che il confine non si trova là dov'è la siepe, evidentemente vien meno ogni presunzione della comunione della siepe e questa si considera in proprietà dell'uno o dell'altro dei proprietari in base e in rapporto per lo appunto con la linea di confine. Quando la siepe è comune e sul confine, è naturalmente impossibile e sarebbe anche logicamente errato il fissare una qualsiasi distanza per riguardo all'uno o all'altro fondo, poichè si comprende che mancherebbe dei due termini di misurazione delle distanze uno dei termini stessi: il tutto come si è detto a riguardo dei muri di confine, ai quali non è nè potrebbe essere prescritta alcuna regola di distanza. In tutti i casi nei quali la siepe è veramente sul confine e non si può escludere con

Digitized by Google

prove la presunzione *iuris tantum* della comunione di essa, si deve senza esitazione ammetterne la comunione e per conseguenza si deve escludere l'applicazione di una distanza qualsiasi. Subentrano le regole della comunione e gli interessi della comunione per provvedere ai quali non basta certamente quel complesso di disposizioni che si trova nel Codice; potendo verificarsi che persino per un taglio mal fatto o sbagliato si renda la condizione di uno dei due proprietari confinanti meno agevole e meno comoda della condizione dell'altro. Molte volte la è cosa di così piccola entità, da non meritare neppure gli onori di una preoccupazione seria o di una sistemazione in via di provvedimento generale estensibile a molti casi od a tutti i casi: un poco più d'ombra o di sole da una parte o dall'altra non sarà certo una circostanza che possa caratterizzare il rapporto giuridico nelle sue linee sostanziali e nella sua fisionomia essenziale. Ma supponiamo che la siepe viva non sia comune: in tal caso è la distanza di essa dal confine che costituisce il fondamento del rapporto giuridico, il quale rimane un vero e proprio rapporto di confine, da disciplinarsi collo stesso metodo degli altri rapporti di confine tutti e da mantenersi nei limiti della serietà senza deviare dai suoi veri tratti di base per perdersi in un *bavardage* relativo a cose minime e secondarie, le quali nulla o quasi concluderebbero nè da una parte nè dall'altra. In tutti i casi, il giudice interverrà sempre a tempo ogniqualvolta si tratti di reprimere quegli atti emulativi, che sono la negazione di ogni buon rapporto di vicinanza; come sono la contraddizione di ogni sincera e durevole società civile. E, se è vero che in aperta campagna d'aria e di luce ve n'è quanto basta per impedire che l'una o l'altra si possa dividere tra due o più utenti con rigore matematico, ognun vede non essere il piccolo ramo di più o di meno da una parte o dall'altra l'ostacolo maggiore per evitare una linea d'intesa ed una transazione effettiva se non formale in quest'ordine di rapporti giuridici, i quali non farebbero che stancare il legislatore e il giudice se dovessero, oltre che alle generali, sottoporsi a regole specifiche e particolari adatte per ogni caso singolo e variabili per i diversi casi. Molto si deve rilasciare in tali circostanze alla prudenza del

Digitized by Google

giudice, molto più al facile accordo delle parti, le quali per mantenere il buon vicinato possono anche sacrificare, nei rapporti reciproci, qualche piccolo risentimento o qualche piccolo interesse la cui entità non sia economicamente traducibile in valore pecuniario ma solo in valore di affezione o di comodo subbiettivo nell'utente. Chi primo e più volentieri in questa posizione di rapporti sacrifica una propria pretesa può ritenere fondatamente di non fare opera inutile e che la sua propria condotta non mancherà per solito di lasciar traccie durevoli.

14. Vi sono delle piante che si recidono periodicamente vicino al ceppo e ordinariamente si dispongono in ufficio di siepi: tali l'ontano, il castagno e simili. La recisione periodica anzitutto è richiesta dalla destinazione di queste piante a ufficio di siepi, e infatti certamente noi non sappiamo concepire una siepe fatta di piante molto alte; poichè in tal caso in luogo d'una siepe si avrebbe una selva, la quale per lo appunto non rappresenterebbe la migliore confinazione tra fondi e recherebbe con sè il fardello imbarazzante di complicati rapporti di vicinanza, i quali invece, praticamente, allorchè si tratta dello scopo di separazione tra due fondi, vogliono ridursi alla minima espressione necessaria e al contenuto più limitato che possa bastare allo scopo. Tuttavia, per quanto queste piante vogliano esser tenute recise vicino al ceppo e restino così spogliate finchè si può, dal piede in su sviluppano tra un taglio periodico e l'altro e possono produrre qualche ombra non solo, ma possono dare una sensibile espansione di radici; però, quando il male comincia a farsi sensibile, sopraggiunge la provvida falce o sega dell'agricoltore ed asporta nel taglio periodico tuttociò che tende a recar danno o molestia al vicino. Non è più così la selva che noi abbiamo sotto agli occhi, ma sempre la modesta siepe ridotta ad un complesso di piante non dissimili dalle nane o da quelle di fusto non alto, per le conseguenze che derivano dalla cura dell' uomo, in armonia colla destinazione delle piante stesse. Ma le siepi di robinie costituiscono ancora una specialità. La robinia, questa leguminosa che si propaga pure da sè, è causa ancora di maggiori pericoli e di peggiori in-

Digitized by Google

convenienti degli ontani, castagni e piante simili, anche se tenute a siepi di taglio periodico (1). Come si vede pertanto, il legislatore non ha trascurato di distinguere caso da caso pur di assegnare delle regole o norme praticamente adatte e convenienti. Più in là la distinzione non potrebbe logicamente essere trasportata, perchè il testo della legge in fin dei conti non può nè deve divenire una lista empirica, la quale contenga l'enumerazione di tutte le piante, poste o no per siepe, e delle rispettive distanze a ciascuna di esse assegnate; e pure una qualche parte nello scioglimento della questione pratica vuol rilasciarsi al prudente arbitrio del giudice, illuminato dal giudizio delle cosiddette persone dell'arte e circondato da tutte quelle garanzie tecniche le quali possano sembrare del caso e che talvolta possono anche dipendere dalla situazione del suolo.

Pur tuttavia una difficoltà è da vincersi nel confronto tra due delle parecchie parti dell'art. 579. Il n. 1° dell'art. 579 fissa e determina la distanza di tre metri per gli alberi di alto fusto, quale il castagno; e più sotto il capoverso del numero 3° dello stesso articolo per le siepi di castagno a taglio periodico prescrive la distanza di un metro e di due per le siepi di robinie. Dunque il castagno, effettivamente, dev'essere tenuto alla distanza di tre metri o di un metro, secondochè si trova o no destinato ad ufficio di siepe: la qual cosa non può avvenire se non grazie all'attuazione di tagli periodici, i quali appunto provvedono a mantenere la forma consueta della siepe. In ultima analisi, poichè i tagli sono una conseguenza inseparabile dalla destinazione a siepe dei castagni, si deve dire che questi appunto debbono serbare l'una o l'altra distanza, secondochè sono tenuti liberi ovvero in forma e destinazione di siepe. Ed ecco ancora una volta che la destinazione rimane decisiva e caratterizza tutto quanto il rapporto giuridico di cui si tratta, dandogli la vera impronta e il mezzo per determinarsi in forma esteriore. Di castagno si ragiona, è vero, così nell' uno come nell' altro caso; ma nell'un caso esso è soggetto a tagli periodici e nell'altro si mantiene del tutto immune da tagli, oppure lo si

(1) L'*acacia* è anche detta *falsa robinia.*

Digitized by Google

taglia ma non a periodi fissi e determinati in precedenza, ovvero per consuetudine anche tacita dei luoghi. Delle altre piante, eccettuato il castagno, non si dice lo stesso; e, poichè la legge non pone a loro riguardo questa distinzione, non è dato di porla neppure all'interprete o al giudice. Così per le noci, le quercie, i pini, i cipressi, gli olmi, i pioppi, i platani, non si può fare una doppia ipotesi, quella della coltivazione a siepe e quella della coltivazione libera; nè l'altra del taglio facoltativo o a periodi variabili, ovvero del taglio vicino o del taglio lontano al ceppo. Ma gli ontani sono espressamente posti nella stessa categoria dei castagni; ed oltre a ciò noi troviamo l'espressione indeterminata *altre simili piante*, vale a dire piante simili all'ontano ed al castagno. Perciò, non volendo renderci interpreti di similitudini pericolose allorchè si tratta di determinare un punto controverso o controvertibile, restiamo sul castagno tenuto a siepe e sul castagno tenuto non a siepe. Non è tanto la considerazione dello sviluppo della radice allorchè il taglio è periodico quella che determina l'applicazione d'una distanza minore, quando, invece di esser tenuto libero, il castagno è tenuto a forma di siepe: infatti, mentre taluni anche nel caso di tagli a capitozza o vicino al ceppo tengono ferma la regola generale che lo sviluppo sotterraneo delle radici è uguale a quello dei rami all'aria libera (*quod est superius id est inferius*), altri sono d'avviso che le piante proibite ad alzarsi vieppiù crescono in diametro e si dilatano alle radici. Quindi, se la distanza è diminuita allorchè si tratta delle stesse piante tenute a siepe in confronto di quella prescritta per le piante stesse tenute non a siepe, vi è una ragione diversa: e la ragione consiste appunto o anzi soprattutto nella diminuita espansione dei rami e quindi nel diminuito pericolo dell'ombra. Dunque in questa disciplina delle piante stesse, secondochè sono isolate o tenute a siepe, si può ravvisare un certo spostamento dello scopo delle distanze, che si ravvicina più visibilmente alla ragione o rapporto della ombra e si allontana dal rapporto puro e semplice di nutrimento o di sviluppo organico della pianta. Quando i rapporti giuridici sono misti, è sommamente difficile contenerli nei giusti confini in qualsivoglia manifestazione loro, allorchè le

Digitized by Google

fasi, le forme, le faccie d'un rapporto stesso s'intrecciano, si scambiano, si completano a vicenda. In tal caso, non essendovi incompatibilità tra queste varie forme, si deve prescegliere quella che per il caso pratico si appalesa di maggiore importanza, tenuto conto della circostanza che ordinariamente presso ad una linea di confine di regola non sogliono forse intraprendersi coltivazioni di grande importanza. Però, anche a voler considerare la cosa sotto questo punto di vista, la disposizione della legge per le siepi di castagno, raffrontata con la disposizione relativa ai castagni tenuti liberi, non persuade proprio del tutto, appunto perchè non è eliminata la circostanza delle radici e dell'influenza di esse sulla coltivazione dello spazio confinante, sul quale possono tanto più protendersi se il castagno è tenuto a capitozza che non quando esso è tenuto libero nel suo sviluppo vegetativo e nella sua espansione — salve le potature comuni a tutte le piante.

Ad ogni modo il legislatore, il quale non ha tenuto conto nè della specialità delle siepi di biancospino (in molte campagne è consuetudine richiedere per queste siepi una distanza maggiore della normale fissata dalla legge, perchè si ritiene che la caduta delle foglie e dei fiori possa danneggiare il fondo vicino anche per quanto riguarda la formazione dell'*humus*) nè della specialità delle siepi di acacia (espressione più specifica e più comune, nelle campagne, di quella generica di *robinie*), per la grande facilità con la quale questa pianta si espande e si moltiplica, ha tuttavia mostrato di avere un riguardo speciale per il castagno e per le siepi fatte di questa speciale pianta. Non si può certamente supporre che il legislatore si sia fatto guidare da criteri nei quali prevalesse il lato tecnico agricolo e in cui trovassero principale osservanza le ragioni della coltivazione sopra altre ragioni forse concomitanti e di natura simile, ma dovute più che altro alla tradizione formatasi per rapporti cosiffatti grazie alla tradizione romana attraverso una giurisprudenza più volte secolare e sottoposta a molteplici e svariate applicazioni, col sussidio delle consuetudini formatesi qua e là nei paesi dove lo stesso diritto romano si andava applicando e adattando. Non può dirsi che neppure i legislatori del nostro Codice civile

Digitized by Google

abbiano deciso di romperla con tutto quanto il complesso di regole tradizionali per dar vita ad un sistema completamente ed esclusivamente razionale ed organico, dove predominassero i postulati dell'agricoltura trattata, qual'è, come una vera scienza. Allorchè gli scrittori riconobbero le enunciative dell'art. 579 nelle sue varie parti come tutt'altro che tassative, ed anzi meno ancora che dimostrative (perciocchè in taluni casi ritennero potersi persino derogare alla espressa e chiara classificazione di quell'articolo), sostanzialmente ed implicitamente ammisero che il testo della legge dovesse avere un valore ben limitato di fronte alle esigenze della pratica e di fronte agli apprezzamenti dei periti estimatori. Ma, lo ripetiamo ancora una volta, in tutto questo procedimento rivolto ai casi determinati non è certo il legislatore quello al quale è riservata, come suol dirsi, la figura migliore e la parte più onorevole. D'altra parte, come si è visto, si ritiene che non si può sfuggire dall'osservanza delle maggiori distanze fissate per le piante di alto fusto, solo con l'espediente di tenere simili piante a capitozza od a tagli periodici e neppure a tagli periodici stabiliti per brevi periodi; poichè, si dice, fin dal suo germe primitivo e fin dal suo primitivo sorgere, la pianta porta con sè le qualità caratteristiche che la costituiscono, qual'è, di alto fusto, e non può cambiare una tale natura per volontà o per artificio dell' uomo. Ma questo non regge evidentemente, allorchè la volontà o l'artificio, o, meglio, la destinazione dell'uomo di un castagno tenuto libero o a tagli di semplice potatura fa un castagno tenuto a siepe o a ceppaia o a capitozza. Come si spiega questa contraddizione altrimenti che colle imperfezioni della legge? E la imperfezione non si rivela in questo caso così grande da distruggere quanto altro di buono è o può esservi in essa, anche per l'intenzione di chi la fece e facendola non intese nè abbandonare il tutto alla prudenza del giudice o alla discrezione del perito, e neppure disciplinare ogni più piccola faccia, ogni menoma configurazione, ogni aspetto del rapporto giuridico di cui si tratta o può trattarsi? Allo stato delle cose, non v'è altro rifugio che nei regolamenti locali, ai quali spetta l'arduo còmpito di eliminare le contraddizioni della legge; dal momento che, per la premessa espressa del-

Digitized by Google

l'art. 579, le distanze fissate dall'articolo stesso non debbono osservarsi se non in via suppletiva ai regolamenti locali, e cioè quando questi regolamenti non ci sono o (il che torna perfettamente il medesimo) non disciplinano questa materia delle distanze delle piantagioni dai confini dei fondi sui quali sono fatte. La consuetudine locale verbale, in tale specie di rapporti, non ha alcuna importanza se non è tradotta nel regolamento scritto, fatto per autorità pubblica e formante parte delle discipline di diritto pubblico. Qui si potrebbero ripetere le solite indagini circa la eventuale prevalenza del diritto pubblico sul privato e sino a qual punto una tale prevalenza debba ritenersi logicamente ammissibile e giusta: senonchè, non essendovi conflitto tra le due specie di diritti e di legislazioni, anzi la legislazione di diritto privato essendo assai proclive a ritenere per questo riguardo la propria incompetenza, è naturale ed evidente che non vi sia vera difficoltà neppure teorica nell'investire il regolamento della disciplina di simili rapporti. Molte volte però le Amministrazioni e i Consigli comunali, fidando nella volontaria osservanza ch'è accordata alla consuetudine dalla popolazione indigena, non hanno cura sufficiente di tradurre la consuetudine stessa in forma regolamentare, ossia di procurare alla medesima quell'unica vera sanzione che essa può avere obbligatoriamente per tutti i comunisti; tanto più che nei rapporti agricoli le ragioni di simmetria non sembrano nè decisive nè predominanti. Ma così la legge e il regolamento procedono ciascuno per la sua strada, senza la possibilità di completarsi a vicenda in un intento unico e senza alcun risultato armonico od armonicamente sufficiente: la qual cosa costituisce una vera e propria insufficienza di tutto quanto il sistema; tanto più allorchè la legge cura alcuni dettagli forse di minore importanza di quelli che affida all'incurante attività dei regolamenti. A questo si potrebbe rimediare obbligando i Consigli comunali a fissare in ogni caso nel regolamento di polizia rurale quei tali estremi che la legge si sente incompetente a determinare essa in forma generale per tutto il territorio dello Stato. Resta dunque fermo quanto si è visto per il castagno libero e per il castagno a siepe; ma resta fermo anche per le piante simili al castagno, le quali possono

Digitized by Google

mantenersi a ceppaia e delle quali possono formarsi siepi. Qui pure vi è una sufficiente indeterminatezza, dalla quale possono anche sorgere deplorevoli equivoci: perchè, quale che sia la pianta di cui si vuol formare siepe, se essa è tenuta a ceppaia, può ritenersi sottoposta alla medesima disciplina del castagno; essendo il castagno dalla legge stessa dichiarato pianta d'alto fusto, oltre il quale, secondo la classificazione voluta dal legislatore, non si ha un fusto più alto nè un fusto altissimo. Peraltro, se il legislatore ha adoperato l'espressione *e simili*, sembra si debba ritenere l'abbia adoperata con intenzioni pratiche; ma quali sono o possono essere tali intenzioni, se non quelle di estendere quanto dice pel castagno a tutte le altre piante di alto fusto, delle quali si possa e si voglia formar siepe? Certamente non è cosa frequente formar siepe delle piante di alto fusto, perciocchè sembri che esse siano sciupate per la formazione di siepi e più adatte ad altra coltivazione e ad altra destinazione più proficua e più produttiva, specialmente se si tratta di piante da frutto: ma appunto una legislazione codificata deve tendere a generalizzare regole e prescrizioni, lasciando poi alla pratica di mettersi o no in quelle determinate condizioni che richiedono e suggeriscono l'applicazione della legge stessa al caso pratico, oppure di ricorrere alle disposizioni della legge per stabilire un dato rapporto di fatto che nel tempo stesso assorga all'importanza di rapporto giuridico e non che rimanga indeterminatamente sotto il dominio della tolleranza e senza alcuna garanzia di durata per l'avvenire. E quanto alle consuetudini, anche se esse potessero aver valore in questa materia senza essere scritte, lo scriverle serve tuttavia ad eliminare gli equivoci già sorti e ad impedire che possano ad arte sorgere degli equivoci per giustificare abusi o violazioni di varie specie.

15. L'ultima parte dell'art. 579 dice espressamente che le prescritte distanze non sono necessarie, qualora il fondo sul quale la piantagione sorge sia separato da quello del vicino con un muro proprio o comune, purchè le piante siano mantenute in modo da non eccedere l'altezza del muro. Questa disposizione rivela ancora una volta, se pure ce ne

Digitized by Google

fosse bisogno, lo scopo effettivo del legislatore nel prescrivere le distanze delle piantagioni dal confine col vicino. Come abbiamo notato, dall'insieme di queste disposizioni risulta che il legislatore prescrisse le distanze non tanto per evitare che le piante di un vicino, per le radici, invadessero il fondo dell'altro vicino o da quello traessero in tutto od in parte il loro nutrimento, quanto piuttosto per evitare il protendimento dei rami e la relativa ombra dannosa allo sviluppo della coltivazione. Poichè infatti il muro divisorio tra i due fondi non può dirsi che impedisca questa invasione di radici da un fondo all'altro; e non può dirsi per due ragioni. Prima che i muri divisori campestri ordinariamente non hanno gran lusso di fondamenta, per modo da potersi ritenere che le fondamenta stesse costituiscano un valido impedimento all'espansione delle radici (p. e. delle propagabilissime acacie); seconda che, pur supponendo l'esistenza di fondamenta profondamente divisorie come il muro, non resta escluso che nel praticare simili fondamenta si lasci ad arte qualche apertura per farvi passare attraverso radici già sviluppate ed estese in direzione del fondo vicino. Or tutto questo la legge non prevede ed a nulla di questo provvede; essa si preoccupa soltanto della possibilità che le piante eccedano l'altezza del muro e così sovrastino coi loro rami al fondo vicino. In tal caso non vi sarebbe altro rimedio per il vicino, si dice, che di tagliare le radici invadenti e sottraenti alla terra del vicino quei sughi alimentari che vi potrebbero essere utilizzati per diritto di proprietà; e senza dubbio questo è il più piccolo dei diritti sanciti nell'art. 581 e che anche senza un richiamo espresso avrebbe potuto ritenervisi compreso come nel più è racchiuso il meno; dal momento che col suo silenzio nell'ultima parte dell'art. 579 il Codice civile non sancisce nè può sancire alcun diritto d'invasione delle radici di un vicino nel suolo dell'altro vicino, sia pure negli strati profondi. A queste considerazioni si potrebbe rispondere con lo scopo preventivo che risulta da tutte quante le disposizioni di legge relative alla nostra materia; la legge, prefiggendo delle distanze e altre norme per evitare il pericolo di lesioni alla proprietà, non intende affatto rimediare al danno di cosiffatte lesioni, dopo che il danno stesso siasi verificato

Digitized by Google

o consumato; perchè a danno verificato provvedono i risarcimenti e possono provvedere altresì i procedimenti proibitori dinanzi al magistrato. Oltre a ciò e coerentemente a ciò, il diritto di estirpazione si riferisce agli alberi piantati o nati a distanze minori di quelle stabilite, e però sta per così dire a sanzione della possibile ed eventuale violazione di disposizioni proibitive, la cui esistenza è presupposta alla violazione stessa; mentre nel caso nostro non v'è una disposizione proibitiva violata, perchè ogni disposizione proibitiva è tolta di mezzo e quasi annullata dall'ultima parte dell'articolo 579, vale a dire dalla esistenza di un muro divisorio, e tolta di mezzo senza riserva, eccezione o limitazione di specie alcuna.

Così il diritto di estirpazione delle radici abusive oltrepassanti il muro di cinta, quantunque sia stabilito espressamente dalla legge, non è affatto nè rappresenta la sanzione d'una disposizione proibitiva, ma piuttosto costituisce un rimedio accordato nell'esercizio di un diritto di proprietà, al quale la presenza di quelle radici faccia ostacolo. Può darsi tuttavia che la coltivazione del fondo nel quale le radici si spingono non sia così profonda da scoprire alla vista dell'agricoltore ognuna delle radici abusive da estirparsi per restituire al sottosuolo tutta quanta la sua potenza alimentatrice e vegetativa; e che non sia il caso per ragioni varie di praticare delle escavazioni più profonde o più estese per assicurarsi che tali radici abusive non siano realmente presenti. Supponiamo un terreno coltivato a grano, specialmente coi sistemi antichi e senza uso dell'aratro; molte radici e molte ramificazioni di radici potranno in tal caso rimanere sotterra senza essere non pure eliminate, ma neanche scoperte e messe al nudo senza che si prevedano e si effettuino dei lavori speciali diretti precisamente alla scoperta di tali radici abusive. Almeno si sarebbe potuto aggiungere all'ultima parte dell'art. 579 un inciso che spiegasse come non vi sia ragione di serbar le distanze, allorchè vi è un muro a tale profondità da rendere impossibile la penetrazione delle radici e che per la penetrazione delle radici stesse non lasci apertura di sorta; questo poteva almeno servire alla dimostrazione non equivoca della volontà del legislatore, acciocchè non si abbia a

Digitized by Google

ritenere che la costruzione di un muro costituisca quasi la panacea universale e la deroga piena ed assoluta alla disposizione o al complesso di disposizioni intorno alle distanze. Ad ogni modo un inciso di questa specie non avrebbe avuto importanza minore dell'inciso già posto e adottato: *purchè le piante siano mantenute in modo da non eccedere l'altezza del muro;* si sarebbe potuto aggiungere: *e da non oltrepassare il muro stesso con le radici,* occupando poco altro spazio, che si sarebbe anche ricavato coll'economia di altre cose o parti inutili tanto qui quanto altrove. Così si sarebbe ottenuta una perfetta conciliazione dell'art. 579 coll'art. 540, che attribuisce al proprietario del suolo anche la proprietà del sottosuolo, e colle tradizioni relative al diritto di superficie; in quanto questo si poteva distinguere dal diritto alla proprietà piena. Invece un diritto di estirpazione, se pure fosse esteso per legge di analogia comprensiva dal più al meno, e tanto più perchè dichiarato espressamente dalla legge, pare abbia un vieto sapore di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, al quale si sarebbe potuto senza dubbio rimediare, qualora in prevenzione si fosse circondata di tutte quante le cautele la esenzione dalla regola delle distanze delle piantagioni che siano separate al punto di confine per mezzo di un muro divisorio dal fondo vicino. Del resto, è convenuto che la soluzione non poteva esser diversa da quella del riconoscimento del diritto di estirpazione di cosiffatte radici, perchè il volerle conservare sarebbe stato tale e quale come un voler conservare le radici di piante sviluppatesi senza l'esistenza del muro divisorio; dal momento che il muro divisorio, se pure rende più difficile nel fatto l'espansione di cosiffatte radici, non cambia tuttavia e non modifica punto la posizione e la natura giuridica del rapporto di vicinanza che si tratta di sistemare senza ledere nè il diritto di un vicino nè quello dell'altro vicino, ma rispettando entrambi e contemperando l'uno coll'altro, finchè ciò è necessario e possibile.

Or la estirpazione delle radici è un fatto d' importanza non minore di quello della estirpazione dei rami, ed entrambi sono, tanto separatamente quanto congiuntamente, d'importanza minore della estirpazione totale di cui si tratta nel-

Digitized by Google

l'art. 581; ma ad ogni modo è sempre la stessa categoria di fatti e di sanzioni, considerati dal punto di vista della *restitutio in integrum* del diritto alla cui violazione s'intende di rimediare mediante l'estirpazione delle piante, dei rami o delle radici abusive. La differenza è nella quantità del fatto restitutorio, non nella natura o nella qualità di esso; e perciò, di fronte alla necessità della restituzione, non figura, quasi fronte a fronte, se non il fatto della violazione; tutte le fasi e le opere intermedie e le presunzioni di impossibilità o di difficoltà del danno cadono dinanzi al danno compiuto, e le ipotesi vengono meno dileguandosi a fianco della realtà. Ma non è la restituzione l'aspetto principale della intiera posizione giuridica, per noi: noi piuttosto miriamo ad avvisare perchè la violazione sia prevenuta e non abbia agio di avverarsi e si trovi contrariata da una quantità conveniente di restrizioni, di precauzioni, di misure preventive. E perciò, se anche si dovesse sembrar minuziosi e pedanti, non si dovrebbe preferire il *guanciale di pigrizia* della estirpazione postuma, vale a dire a danno verificatosi, al sistema del rimedio anteriore al danno; per quanto si possa entrare in dettagli più o meno particolareggiati in rapporto con ciò che accade più frequentemente e che costituisce come lo sfondo della tela su cui si svolge l'azione di fatto e quella di diritto.

Il muro di cui parla l'art. 579, allorchè ammette l'esenzione dall'osservanza delle distanze, dev'essere proprio di colui che ha fatto la piantagione in prossimità del confine, oppure comune tra i due vicini; non già proprio dell'altro vicino che non praticò la piantagione di cui si tratta. Se questo muro fosse di proprietà del proprietario al quale non appartiene la piantagione, dovrebbe essere posto ad una certa distanza dalla linea di confine e però non potrebbe in alcun modo servire di sostegno o di riparo alle piantagioni stesse o ai rami di esse, inquantochè le medesime sorgono dall'altra parte del confine. Oltre a ciò non dovrebbe mai ritenersi che il vicino, costruendo un muro *iure proprietatis*, venisse in tal modo a peggiorare praticamente la sua condizione di fronte alla osservanza delle distanze, che pure in qualche modo lo garantiscono dal danno e dal pericolo

Digitized by Google

di moleste e illegittime invasioni di rami o di radici. Se si tratta di muro proprio di colui il quale ha fatto la piantagione verso il confine, evidentemente già questo muro è tenuto all'osservanza di una distanza fissata dalla legge; ed allora la piantagione non potrà certamente trovarsi a distanza minore, quando (come prevede l'art. 579) è situata al di qua di un tal muro, ossia quando il muro è tra la piantagione e il confine. Allora, a meno che il muro non siasi fabbricato proprio sul confine, col pericolo evidente di doverlo prima o dopo rendere comune coll'altro vicino, il muro stesso sarà tenuto, ai termini dell'art. 571, alla distanza di almeno un metro e mezzo, quanta cioè ne basta per ogni specie di pianta che non sia di alto fusto e per ogni qualità di siepe, fatta eccezione delle siepi di robinie. Se si tratta di un muro comune, non vi è difficoltà maggiore, perciocchè la comunione, nelle modalità dell'uso, assume le forme di una *communio pro diviso*, poichè ciascuno dei due vicini si serve della parte o parete del muro che si trova dal suo canto, e può anche appoggiarvi le sue piante, o almeno può con esso alle piante stesse porre il conveniente riparo. Evidentemente, se il muro è proprio del vicino che non ha fatto la piantagione e se il muro stesso ha avuto ufficio di divisorio ovvero è stato posto ad una distanza dal confine inferiore a quella prescritta dalla legge, prima di porre le sue piantagioni sulla linea di confine a ridosso di questo muro senza osservare la distanza prescritta dalla legge stessa, il proprietario della piantagione non può allegare come giustificazione del suo operato contrario alla legge l'operato, non contrario alla legge, del proprietario del muro; ma deve anzitutto valersi del suo diritto di chiedere la comunione del muro di confine sorto sulla linea divisoria ovvero ad una distanza minore della legale, e, ottenuta questa comunione, può dietro al muro comune piantare i suoi alberi senza serbare alcuna distanza legale, siano questi alberi tenuti a spalliera o a siepe ovvero completamente liberi.

Se occorresse una disposizione di legge a complemento dell'ultima parte dell'art. 579, si potrebbe senza dubbio invocare l'art. 551 del Codice civile, che giustifica l'appoggio delle costruzioni, l'immissione, l'apertura dell'incavo, l'ap-

Digitized by Google

poggio del camino sul muro comune; e così, nell'armonia di entrambe le disposizioni legislative, completare la costruzione dell'ipotesi nella quale si può fare a meno di osservare la distanza legale. La ragione di questa deroga alla disposizione generale intorno all'osservanza delle distanze legali è evidente. Se al muro comune si possono persino appoggiare delle costruzioni in muratura, a maggior ragione evidentemente su questo muro si possono trattenere le piantagioni che per le radici, per il tronco o per li rami prendono la direzione del fondo vicino appartenente ad uno dei comunisti del muro stesso; che anzi, di regola generale, quando la sua altezza è sufficiente, il muro costituisce, si direbbe quasi, un preservativo infallibile per evitare l'invasione del tronco e dei rami nel fondo vicino; dappoichè non vi sarà mai tronco nè ramo, per quanto dotato di forza espansiva, che possa vincere la resistenza del muro e romperlo per attraversarlo e penetrare dall'altra parte. Una cosa potrebbe avvenire; che cioè il tronco o il ramo, dopo aver rasentato il muro, ne sorpassi l'ostacolo, e, seguendo la propria tendenza organica all'espansione, penetri dall'altra parte e torcendosi s'introduca nel fondo del vicino, dall'altra parte del muro. Questi, che talvolta paiono scherzi di una vegetazione bizzarra, in fondo non sono se non gli effetti dell'opera dell'uomo che costringe la pianta contro la sua natura a restare tutta da una parte, mentre essa vorrebbe spingersi più in là, e cioè anche dalla parte opposta. Ma in tal caso, poichè la presenza del muro non basta ad evitare l'*immissum*, questo, vale a dire la parte della pianta che va a trovarsi al di là del muro, va trattato alla stessa stregua di tutti gli altri *immissa*, ossia può essere per l'art. 581 Codice civile estirpato dal vicino al quale reca danno; e ciò quantunque il resto del tronco e gli altri rami, validamente trattenuti dal muro divisorio, si trovino in perfetta regola malgrado non siano sottoposti alla disciplina delle distanze. Lo stesso dovrebbe dirsi per le radici, se, con tutta la presenza del muro, l'*immissum* avvenisse dalla parte delle radici medesime; anche in questa ipotesi l'*immissum* potrebbe essere sottoposto alla repressiva amputazione dal vicino danneggiato. Ma questo aspetto del rapporto giuridico di vicinanza, sic-

Digitized by Google

come abbiamo osservato, riguarda il danno e non il pericolo, e perciò appartiene ad un altro ordine d'idee, ben diverso e sottoposto anche a norme dissimili da quelle alle quali obbediscono le prevenzioni dei pericoli di danno e più specialmente le distanze legali.

I criteri della prevenzione del danno sono sempre i più difficili, anche dal punto di vista della sobrietà nella quale debbono restare contenuti per non esorbitare dallo scopo al quale debbono essere preordinati. Poichè, eccedendo dal loro giusto scopo, questi provvedimenti preventivi da una parte possono risolversi in un ingiustificato inceppamento all'esercizio del diritto di proprietà, e dall'altra possono esser fomite e scaturigine di atti emulativi, i quali in caso diverso non potrebbero rendersi attuabili ma che sempre ridondano in danno dei buoni rapporti di vicinanza, specialmente tenuto conto della parvità della materia che può formare il contenuto della controversia tra le due parti. La sobrietà delle disposizioni legislative è la maggior garanzia di quel contemperamento che si traduce nella pratica pur senza violare le considerazioni e le regole teoriche che costituiscono la parte razionale dei rapporti di servitù considerati in connessione colla proprietà per un fine giuridico comune alle une e all'altra e che praticamente è sempre traducibile in forma economica, per l'interesse dell'agricoltura o dell'industria o degli aggruppamenti edilizi a seconda delle varie specie di servitù prediali. Le piante, perchè il muro elimini l'obbligo della distanza, debbono esser tenute in modo da non eccedere l'altezza del muro; per la qual cosa, se il proprietario trascuri di praticarvi a tempo gli opportuni tagli, il vicino fa valere il proprio diritto all'estirpazione ed effettua egli stesso i tagli nei limiti del necessario, esplicando così la sua facoltà di estirpazione sull'*immissum*, ma non sul resto della pianta, quantunque la pianta stessa non trovisi in regola con la prescrizione delle distanze. L'espressione della legge *le distanze non sono necessarie* non può certamente dar luogo ad equivoci; ma sarebbe stata preferibile forse un'altra espressione, come: *l'osservanza delle distanze sopraddette non è obbligatoria*, oppure *cessa l'obbligo all'osservanza delle distanze suddette* qualora, ecc. Ad ogni modo il legislatore ha spiegato abbastanza chiaramente il suo concetto.

Digitized by Google

16. Uno speciale riguardo meritano le piantagioni di bosco, di canale e lungo le strade comunali. Può darsi che delle piante nascano o dei piantamenti si facciano nell'interno dei boschi verso i rispettivi confini, o lungo le sponde dei canali, o lungo le strade comunali, pur senza impedimento del corso delle acque e dei passaggi. In tale ipotesi, dice l'art. 580, si osservano prima di tutto i regolamenti; se regolamenti non vi sono, gli usi locali; e infine, in mancanza sia di regolamenti come di usi locali, le distanze stabilite dal Codice a seconda dei casi. Anzitutto però conviene determinare con esattezza il contenuto e la portata dell'art. 580: può sorgere ragione di dubitare sulla parola *canali*, poichè *canali* sono di regola corsi d'acqua praticati per opera dell'uomo. Ma forse che le piantagioni lungo i corsi naturali d'acqua dovranno essere lasciati senza legge? Consideriamo pure i fiumi non navigabili, per i quali non esiste il cosiddetto *sentiero d'alaggio* o di rimorchio delle navi e può anche tutto il terreno essere coltivato sino alla sponda; non ostandovi alcuna pubblica necessità od utilità. Consideriamo i ruscelli, i canali naturali, i corsi d'acqua di ogni specie e importanza. O questi sono di ragione pubblica, e allora il Codice civile non c'entra affatto per disciplinare le distanze da essi dalle piante che i privati possono collocare lungo le loro sponde; o sono di ragione privata, e allora naturalmente possono appartenere o all'uno solo dei rivieraschi o ad entrambi in rapporto alla linea mediana che vi può esser praticata come divisoria di proprietà.

Ma non è certamente il fatto di essere tali canali scavati artificialmente o dovuti soltanto all'opera della natura quello che può cambiare la posizione e la soluzione del problema giuridico: noi soltanto riteniamo che la disposizione del Codice debba esclusivamente riferirsi a canali privati e non anche a canali o corsi d'acqua pubblici. Il semplice uso pare non possa tener luogo della proprietà a riguardo della disciplina delle distanze nei canali; e infatti se un canale è soltanto di uso comune ma di proprietà pubblica, non vi sarà ragione di servitù (poichè la servitù corre soltanto nei rapporti tra proprietà private), ma vi sarà ragione di regolamento pubblico o di polizia idraulica; e, per quanto vogliano stare ad argomentare teorici e pratici, il risultato finale è

Digitized by Google

sempre quello e il motivo di distinguere o di decidere non cambia nè trova punto ostacolo nelle disposizioni positive del Codice civile. Quanto alla disciplina dei boschi, si parla di piante o piantamenti nell'interno di essi e verso la linea di confine. Veramente questa disposizione del Codice non è troppo chiara.

Il confine di un bosco verso un territorio vicino non coltivato a bosco è bosco tuttavia e bosco sempre: e però, qualsiasi piantagione che si faccia nell'interno o al di quà della linea di confine del bosco non peggiora le condizioni del vicino. Altrimenti converrebbe supporre che il bosco terminasse prima della linea di confine col vicino; ma allora la piantagione non sarebbe più nell'interno, bensì all'esterno del bosco, e precisamente nel territorio del proprietario del bosco, che è compreso tra il bosco stesso e il territorio del vicino.

Dunque che cosa mai ha voluto dire il legislatore, di diverso da quanto è riuscito a dire nella povertà del suo frasario e nell'improprietà delle sue espressioni? Evidentemente, nell'interno del mio bosco io posso fare quello che voglio senza preoccuparmi del vicino, allorchè mi trovo già in regola colla linea di confine: posso abbattere piante per rinnovarle, posso riempire spazi vuoti, posso tagliare a capitozza o come voglio, salve le leggi forestali, i divieti e le regole d'interesse pubblico. Di che dunque può dolersi il vicino, allorchè io fo sorgere degli allievi o pratico qualsivoglia piantagione *nell'interno* del mio bosco? Se il legislatore avesse detto invece *nell'esterno* dei boschi, ossia se avesse detto tutto il contrario di quanto ha detto, non solo, con ogni presunzione, avrebbe rispecchiato assai meglio il suo pensiero, ma avrebbe fatto e presentato l'unica ipotesi possibile, in cui può sorgere una difficoltà qualsiasi e la necessità di una regola di distanza. Dunque il legislatore ha inteso parlare di piantagioni all'esterno di boschi già esistenti: ma queste piantagioni debbono esser di quelle che servono ad aumentare l'ampiezza dei boschi preesistenti, oppure possono anche essere ordinate alla costituzione di nuovi boschi? A maggior ragione certamente in quest'ultima ipotesi. Ma *quid iuris* quando si tratti della distanza e in generale del rapporto

Digitized by Google

tra due boschi, uno dei quali per lo meno preesista all'altro? La distanza si applica al rapporto tra due boschi o al rapporto tra un bosco e un terreno coltivato a coltura diversa dal bosco? Nella legge non v'è nulla che limiti l'applicazione della legge delle distanze solo al rapporto tra il bosco e il non-bosco; e neppure nello spirito della legge ci è dato di riscontrare una ragione che giustifichi una soluzione diversa per un caso e per l'altro. Anche se il vicino tiene il suo fondo a coltura boschiva, può benissimo la soverchia vicinanza di un bosco sopraggiunto o soltanto d'una parte sopraggiunta ad un bosco preesistente recar danno a quella coltura boschiva, se non altro per le immissioni di sovra terra o di sotto terra provenienti o temibili dalle nuove piantagioni avvicinate troppo al confine; insomma per tutte quante le buone ragioni che giustificano l'adempimento di talune distanze tra due fondi, di cui l'uno sia coltivato a bosco e l'altro no. Forse praticamente potrà sembrare un'esagerazione, e, ancor più, una pedanteria che si pretenda quasi l'interposizione di un sentiero microscopico tra due boschi enormi, che potrebbero sorgere anche dalla divisione in due proprietari di un bosco originariamente unico e che certo non presenterebbe alcuna linea di demarcazione o di divisione, la quale si traducesse nè in una strada nè in un sentiero, tra i due nuovi proprietari *pro diviso* o a titolo di divisione ereditaria o a titolo d'alienazione frazionaria *inter vivos*.

Che questa sia una ragione speciosa può ammettersi, ma non che sia una ragione giusta: poichè si tratta di un bosco o d'una parte di bosco sopraggiunta, e non di tutto un bosco preesistente e che si suddivide poi, anche e sia pure per semplice destinazione del padre di famiglia o per qualsivoglia altra causa in cui la volontà dell'uomo sia più o meno impressa nella direzione del fondo o del bosco, considerato dal punto di vista della sua coltivazione, oppure per le conseguenze della coltivazione medesima e per l'utilità economica che dalla coltivazione stessa può ricavarsi, anche tenuto conto dei rapporti di vicinanza e dell'ingerenza che questi esercitano o possono esercitare sulla tenuta del bosco suddiviso, in seguito ad una tale suddivisione. Se poi ci è qualche cosa che stuoni con la natura o con la conformazione dei luoghi,

Digitized by Google

e se le consuetudini o i regolamenti locali non provvedono, si può supplire con la convenzione tra le parti, le quali possono conformare come credono meglio il loro rapporto giuridico di vicinanza e perciò possono anche riunire i due boschi, il vecchio e il nuovo, e fare di entrambi un bosco solo, quantunque diviso tra essi due proprietari. Ordinariamente però è da supporre che le consuetudini locali provvedano sufficientemente a tutte le diverse esigenze dei luoghi e a tutti i diversi bisogni che sfuggano alla considerazione della legge. Certo l'unione di un bosco nuovo ad un bosco vecchio preesistente suppone il buon accordo tra le parti e l'intenzione di protrarre questo accordo per un tempo indefinito. In taluni casi invece il mantenimento della distanza tra i due boschi può essere coordinato e conciliarsi colla necessità di provvedere al passaggio da una parte all'altra per uscire con minore sforzo da quell'esercito di alberi, specialmente se di alto fusto, evitando vie più lunghe e meno agevoli.

Si osservò che il sistema dell'art. 580 è diverso da quello del precedente art. 579. Per quest'ultimo la distanza è data dai regolamenti locali e in loro difetto dalla legge: s'intende parlare dei regolamenti comunali e provinciali stabiliti nelle forme di legge ed approvati dalle Autorità competenti, non già di regolamenti generali nè di regolamenti legislativi, quelli eccettuati che si riconnettano all'esecuzione di qualche legge e che dalla legge stessa siano previsti. Il regolamento dunque in entrambi gli articoli prevale sulla legge, ma nell'art. 580 tra il regolamento e il Codice o qualsivoglia altra legge sono collocati gli usi locali non scritti. Nel caso dell'art. 579, se il Codice tace e tace pure il regolamento locale, non vi sono usi che tengano; sopraggiunge la giurisprudenza o l'interpretazione analogica o il prudente arbitrio del giudice o un qualsiasi altro *deus ex machina;* ma nel caso dell'art. 580 si deve correre diritti alla ricerca della consuetudine locale quando manca il regolamento ed anche se la legge è contraddittoria ad una tale consuetudine. La legge è stata d'una timidezza estrema ed il legislatore ha pensato che parte di questa sua timidezza possa comunicarsi per riflesso od attaccarsi anche al regolamento: e però ha lasciato fare del tutto o soprattutto alle consuetudini od agli usi locali.

Digitized by Google

Non tutti i costumi e gli usi dei popoli possono per vero comprendersi in un codice o in un regolamento, e del resto ci vorrebbe un'inchiesta paziente assai per sorprenderli nelle loro più minute manifestazioni, senza poter mai conseguire la certezza matematica di non averne trasandata alcuna e di non aver trasandato proprio quella che più delle altre può essere adatta al caso particolare. Nel mezzogiorno d'Italia v'è la consuetudine di fare le piantagioni nel confine dei fondi e lungo le sponde e i margini delle strade e dei canali: perciò ivi non fa d'uopo di attenersi alle prescrizioni della legge, mentre le piantagioni non debbono impedire il corso delle acque e il pubblico passeggio, giusta le discipline vigenti sui lavori pubblici e sulla polizia stradale. Ma la consuetudine come si prova? Reietta l'antica prova *per turbas*, taluni vollero prescrivere l'uso di titoli o di testimoni ed escludere per contrario gli attestati od atti di notorietà municipali. Del resto, se l'atto di notorietà municipale sembra troppo poco (perchè si supponga che la stessa Autorità comunale possa ignorare l'esistenza d'una consuetudine o intenderne male il contenuto), si può ricorrere all'atto di notorietà dinanzi al pretore, formato col concorso di un congruo numero di testimoni fidefacienti. Invece, una notorietà che può risultare da una certificazione dell'Autorità pubblica certamente ha meno valore, perchè l'Autorità pubblica, in quanto attesta dell'esistenza di un fatto, non può offrire per la qualifica della persona che la riveste una maggior garanzia d'esattezza di quella che potrebbe avere la stessa attestazione fatta dalla stessa persona in veste privata e senza alcuna qualifica. Il fatto è sempre fatto, chiunque l'attesti; e tanto può essere adulterato, anche in buona fede, per ignoranza o leggerezza, da un sindaco o da una Giunta comunale, quanto potrebbe esserlo dalla persona del sindaco o dalle persone dei componenti la Giunta allorchè fossero tornati a vita privata o prima di dedicarsi alla vita pubblica.

Invece, a prescindere dall'eventuale valore confermativo e raffermativo del giuramento, nell'atto di notorietà dinanzi al pretore, noi possiamo avere una quantità di cittadini i quali attestano il fatto dell'esistenza dell'uso o consuetudine e ne fanno fede come *seniori* del luogo o come padri di fa-

Digitized by Google

miglia o come uomini prudenti (*probi homines*). Forse non sarebbe stato fuor di proposito attribuire questa facoltà certificante al Comizio agrario dove esiste, o, dove non esiste Comizio ed anche generalmente in tutti i casi, al Consiglio comunale e provinciale o a più Consigli comunali secondo l'allegata estensione della consuetudine; con questo però che la rispettiva deliberazione dovesse esser presa all'unanimità. Quanto ai titoli è difficile trovarne di quelli che abbiano un grande valore probatorio, se pure le parti stesse le quali ora controvertono sulla consuetudine da applicare, od una di esse parti (quella contro la quale vorrebbe una data consuetudine applicarsi), non vi abbiano avuto ingerenza diretta o non vi abbiano dato formale riconoscimento: poichè se sono titoli intervenuti nei rapporti tra le altri parti, pare non debbano avere un gran valore tra quelle parti le quali non hanno concorso alla formazione di essi. È evidente del resto che gli usi provati con questo sistema non debbono estendersi da caso a caso e da luogo a luogo, perchè appunto la consuetudine è specializzata e localizzata tanto, che la ricerca, perchè riesca esatta, deve esser ristretta nella minima superficie e nel tempo stesso constatata per via dei massimi dettagli e col contenuto più possibilmente particolareggiato, in modo che si possa per qualche sua caratteristica distinguere dalle consuetudini affini o consimili, oppure da quelle consuetudini più generali che la racchiudono o quasi la comprendono.

Presentata così nella sua determinazione più analitica, la consuetudine è l'unica moderatrice del rapporto giuridico, quante volte non vi sia un regolamento locale e quasi per supplire all'incuria del regolamento stesso che non ha raccolto ciò che poteva formare oggetto d'interessamento per i vari casi pratici: e proprio in questa ipotesi ha quel valore pieno ed assorbente che anche per altri riguardi aveva o poteva avere sotto l'impero del diritto comune, per esempio, nell'ipotesi alla quale si applica il precedente art. 579, dove invece ad essa è rimasta importanza solo attraverso ai regolamenti locali. Ma quale dovrà essere il contenuto sostanziale dell'affermazione dei testimoni in un tale atto di notorietà, oppure anche se interrogati verbalmente dal giudice con eguali funzioni e con egual valore di fidefacienti? Essi do-

Digitized by Google

vranno dichiarare tutto quello che è necessario per acquistare la certezza che non si tratta d'una pratica isolata di Tizio e Caio, ma che si tratta di un uso generale e diffuso per tutta una data popolazione. Essi dovranno dunque deporre della frequenza degli atti affermati usuali, dell'osservanza comune e diuturna di tutti; ma la pratica antica che essi depongano dell'osservanza dell'uso anche nei giudizi, *contradicto iudicio* e simili, non sembra che risponda a nessuna necessità pratica, poichè non importa del valore che un tale uso possa avere od abbia avuto nei giudizi, bensì importa conoscere se l'uso stesso esista o non esista in via di fatto. E debbono deporre della frequenza, diffusione, diuturnità degli atti di cui si tratta di dimostrare l'uso; perciocchè appunto senza tali requisiti non esiste uso ma soltanto può esistere una pratica più o meno diffusa e variabile o facoltativa. S'intende però che il contenuto dell'uso non è tale, da escludere ogni deroga per mezzo di convenzione; solo nel silenzio delle parti questo contenuto deve ottenere applicazione pacifica e indiscutibile, perchè possa assorgere alla importanza giuridica e pratica di uso vero e proprio. Che se non constasse di questi estremi, la parte contraria potrebbe addurre altre testimonianze più forti per comprovare una consuetudine opposta o diversa da quella anteriormente oppostale dal suo avversario. La testimonianza dei fidefacienti è una testimonianza di scienza fondata sulla voce pubblica e nulla ha di coscienza più che non possa avere qualsivoglia altra consimile testimonianza di scienza: ma certamente chiunque afferma di sapere cosa che non sa o di conoscere cosa che non conosce, viola una legge di coscienza, specialmente se questo accade in una procedura giudiziale. Ma il testimonio non è obbligato ad addurre o spiegare cause più o meno soddisfacenti e particolari di scienza, quando dice constargli che sia generalmente osservato il tale o tal'altro uso, la tale o tal'altra consuetudine.

17. Ed eccoci all'importantissimo diritto di estirpazione delle piantagioni abusive, sanzionato negli art. 581 e 582 del Codice civile. Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, può dunque costringerlo a tagliarli, e può egli

Digitized by Google

stesso tagliare le radici che si addentrino nel suo fondo; salvi in ambedue i casi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi; ma anche il vicino può addirittura esigere che si estirpino gli alberi e le siepi che si piantassero o nascessero a distanze minori di quelle determinate dal Codice, investendo così tutta la pianta e non una parte sola di essa. Questi due articoli del Codice civile hanno due funzioni diverse rispetto al diritto di estirpazione: l'uno autorizza l'estirpazione degli alberi e delle siepi piantati o sviluppati a distanze minori delle legali e in questo caso dice che *il vicino può esigerne l'estirpazione;* l'altro, dividendosi a sua volta in due parti, dichiara che nel caso d'abusiva protensione dei rami degli alberi si *può costringere* il vicino contravventore *a tagliarli* e per le radici dà facoltà di tagliarle allo stesso vicino danneggiato. Questa facoltà di *tagliare da sè stesso le radici,* come notammo, rasenta assai davvicino, almeno per la forma, l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Ma che significa *esigere dal vicino l'estirpazione o costringere il vicino al taglio,* se non il ricorrere ad una vera e rigorosa procedura giudiziaria che metta capo ad una sentenza dell'Autorità giudiziaria, la quale con valore di cosa giudicata e munita di opportuna formola esecutiva vincoli l'altra parte all'adempimento di quanto vi è disposto? Non altro senza dubbio; perchè l'esigere e il costringere non rappresenta nè può rappresentare un'azione privata nè una violenza privata, nè importa una contrapposizione od una contestazione estragiudiziale delle parti sul terreno della controversia, perchè finisca il più forte coll'aver ragione del più debole ed entrambi diano triste spettacolo d'inciviltà e di prepotenza. Si comincierà dunque con una citazione a comparire dinanzi al giudice; e questa servirà come di messa in mora, talchè, se prima della contestazione della lite l'altra parte si uniformi ostensibilmente alle pretese dell'attore, l'azione cada naturalmente per difetto d'interesse a contendere: e così pure nel corso del giudizio pria che il giudice emani la sua sentenza e salvo in ogni caso l'obbligo nel convenuto di pagare le spese sino ad ora sostenute per di lui colpa, stante la prima causa da lui data alla controversia stessa e la successiva sua persistenza nel ritardo di regolarizzare questa sua partita di vi-

Digitized by Google

cinanza. Ora il giudice, adempiendo al voto della legge, quando riconosca fondato il reclamo perchè si verifichino tutti i previsti estremi di fatto, ordina al vicino di estirpare alberi o siepi, oppure di tagliare i rami degli alberi: e nulla divieta che ne incarichi lo stesso attore a spese del convenuto, quando questi, decorso inutilmente un congruo termine prefissogli nella sentenza stessa, non siasi dato ancora la pena di uniformarsi all'ordine del giudice. Poichè in fin dei conti, che una cosa si faccia d'ordine e per autorità di giudice, o che si faccia addirittura d'ufficio, presso a poco è la medesima: è sempre l'autorità del giudice che si ripercuote tanto nell'esecuzione più diretta quanto nell'esecuzione meno diretta, e quest'autorità trasforma la violenza bruta in violenza a servizio del diritto munito del suo riconoscimento formale attraverso l'organismo dello Stato. Ma perchè allora, senza l'intervento del giudice, può l'interessato tagliare da sè stesso le radici abusive e quali sarebbero le conseguenze di un taglio abusivo di radici non abusive o di parti non abusive di radici parzialmente abusive? Non è cosa tanto semplice a discernersi e a dichiararsi: i commentatori di una volta ne avrebbero fatto oggetto di apposite *explanationes* con la debita sequela di difficoltà casistiche a corredo di una teoria materiata di distinzioni e di sottigliezze. Oggi è più conveniente tenersi ad un metodo sintetico, che faccia immediatamente capo ai principî e che con argomentazione serrata non devii però dal tema proposto a risolvere. Si possono dunque recidere le radici che penetrano nel fondo del vicino e le può recidere il vicino stesso, ma non può invadere di un pollice, neppure trasversalmente sotterra, il terreno dell'altro vicino per aumentare la lunghezza della parte di radice recisa: questa invasione costituirebbe un vero e proprio danneggiamento, non attenuato per nulla (se pure non si tratti di un accidente disgraziato e involontario) dalla facoltà di eliminare la parte abusiva della radice stessa; come se si trattasse di toccare radici, le quali non presentassero nessuna espansione abusiva da un fondo all'altro, ma sorgessero e si sviluppassero tutte su di un fondo e nel fondo del loro sviluppo normale fossero molestate con un vero attentato diretto contro lo *ius proprietatis*. Quindi da un taglio siffattamente

Digitized by Google

abusivo verrebbero di conseguenza risarcimenti, indennità, rifazione di danni. Quel che non è più facile a spiegare si è la facoltà accordata al vicino leso per l'espansione di radici abusive e consistente nell'estirpazione o taglio delle radici, che il vicino stesso può compiere di sua propria autorità e senza attendere a farvisi autorizzare dal giudice; salvo, s'intende, a rispondere di fronte all'altra parte dopo fatto il taglio stesso per le eventuali irregolarità e per gli eventuali danni cagionati dall'opera sua, qualora spinta con troppo zelo od esagerata oltre i limiti del diritto. L'autorità data al privato di procedere *suo proprio Marte* all'estirpazione o taglio delle radici è soprattutto dovuta a ragioni pratiche. Allorchè l'agricoltore colla vanga o coll'aratro dissoda il terreno per incarico o qual rappresentante del proprietario e lo prepara per la seminagione, egli non può essere preoccupato della possibilità di trovare delle radici dove non debbono essere e non possono trovarsi se non abusivamente: perciò procede nei suoi lavori alla spedita, e, se trova la radice, la taglia senz'altro come ingombrante o inutile o dannosa. Non può certamente lavorare con lenta circospezione sempre, e, sospesi i lavori, recarsi dal suo proprietario perchè questi intraprenda una lite, e, in contraddittorio col vicino, ottenga dal giudice una sentenza che obblighi l'altra parte a tagliare od estirpare le radici stesse, pena il farglielo da sè qualora egli stesso in un periodo di tempo fissato non intenda saperne di mettersi in regola. Intanto che dovrebbe accudirsi al provvedimento, il tempo passerebbe e la sospensione dei lavori si protrarrebbe tant'oltre, da renderlo quasi inefficace; tanto più se ad una sentenza di primo grado non favorita di provvisoria esecutività dovesse tener dietro il gravame d'appello o d'opposizione con appello successivo. Lo stesso non può dirsi per l'espansione dei rami; perciocchè, quantunque i rami stessi sporgendosi addentro nel fondo del vicino ledano indubbiamente le ragioni della proprietà, tuttavia la lesione non è così fatta ed immediata da impedire i lavori agricoli. L'*immissum* nell'aria non è la stessa cosa dell'*immissum* sotto terra, dal punto di vista del lavoro agricolo: talchè, se si consideri che è proprio per riguardo all'agricoltura istituito questo espediente della estirpazione o del taglio, si vede chiaro di non

Digitized by Google

potersi confondere i due inconvenienti senza venir meno allo scopo fondamentale della legge ed alle regole d'ambiente tra le quali e in mezzo alle quali deve muoversi ed esplicarsi l'azione pratica del legislatore per conseguire uno scopo veramente utile e d'interesse riconosciuto per la generalità.

Il diritto di taglio o di estirpazione, e in sè stesso e per le sue modalità, è tuttavia sottoposto ai regolamenti ed agli usi locali quanto agli ulivi, i quali costituiscono un genere di coltivazione assai delicato e importante. I regolamenti e gli usi locali riguardo agli ulivi possono anche giustificare l'inoltrarsi nel fondo del vicino delle radici degli ulivi stessi. Il grande pregio in cui queste piante sono tenute per l'utilità che arrecano col loro prodotto, il danno che deriverebbe da una recisione senza regola di rami o di radici (anche avuto riguardo al suolo montuoso sul quale essi ordinariamente allignano) consiglia di escogitare degli speciali riguardi per una coltivazione di tanta importanza. In tale stato di cose, per gli ulivi, prima di tutto è da aversi riguardo agli usi consacrati nei regolamenti, vale a dire negli usi scritti; e, se gli usi non sono tradotti in forma di regolamento scritto, negli usi non scritti da constatarsi nei modi consueti e senza alcunchè di speciale o di diverso dal consueto. Alcuno ha detto che, in mancanza di regolamenti e di usi locali, spetta all'Autorità giudiziaria di decidere in ordine alla sistemazione delle radici di questi ulivi: e per vero l'intervento *ex bono et aequo* del giudice non sembra davvero fuor di proposito, poichè si tratta di conciliare l'interesse della coltivazione di queste piante oleifere coll'interesse della coltivazione del fondo vicino, permettendo alle radici irregolari di estendersi irregolarmente, ma nel tempo stesso compensando il danno del fondo invaso con quei risarcimenti che possono ritenersi del caso, oppure rendendolo preventivamente meno grave con misure adatte di precauzione; sempre, beninteso, avuto riguardo alla natura e alla situazione dei luoghi e alla specie della coltivazione dall'una e dall'altra parte. Questo sistema non deve però tradursi nella prevalenza piena ed assoluta da accordarsi al coltivatore degli ulivi e al fondo sul quale gli ulivi sorgono; perchè, se così fosse, resterebbero invertiti tutti quanti i criteri fondamentali relativi ai rapporti di pro-

Digitized by Google

prietà e di servitù, l'invasore arbitrario avrebbe ragione sul pacifico coltivatore, l'interesse di una delle due parti escluderebbe del tutto l'interesse dell'altra parte. Anche qui dunque, come in tutti i casi consimili a questo, si tratta di contemperamento, di conciliazione, non di scosse brusche o di prevalenza assoluta o di danni sanzionati irreparabilmente dalla legge o dal giudice accanto a vantaggi ingiustificati o eccessivi, ai quali pur dalla legge siasi voluto accordare riconoscimento e sanzione. La prudenza in tali casi non sarà mai troppa, anche in rapporto colla tendenza dei tempi ad esagerare il pubblico interesse o l'interesse generale sull'interesse privato o particolare; poichè niente di peggio che questa esagerazione penetri altresì nei rapporti di diritto civile.

E questo dicasi tanto più nel caso speciale delle radici, per l'euritmia giuridica della costruzione del diritto di taglio o estirpazione delle medesime con tutti quanti gli altri diritti che corrispondono all'esercizio del massimo tra tutti, in materia economica e patrimoniale, vale a dire del diritto di proprietà. Questo diritto del quale intendiamo parlare è il diritto di accessione, legato se altro mai alla pienezza del godimento e dell'esercizio di quel diritto ottimo e massimo, perchè completo nello scopo, nelle parti, nei mezzi, nelle modalità, nelle parti sostanziali e nelle secondarie, in ogni manifestazione ed in ogni potenzialità quantunque non tradotta in atto: per cui taluno ritenne e volle dimostrare che la proprietà è quella posizione d'esercizio delle facoltà nostre che più ci avvicina all'infinito potere divino sugli uomini e sulle cose. Ora il diritto di accessione importa che le radici, anche vive, di una pianta del vicino, purchè penetrino e si immettano nel nostro fondo, addivengano per questo cose nostre e rientrino sotto la nostra disposizione, talchè noi possiamo liberamente amputarle e tagliarle a nostro arbitrio. Del resto, è anche vero che il taglio dei rami vuol' essere praticato con maggiori precauzioni e più seguendo le regole dell'arte che non il taglio delle radici, la cui appropriazione pel valor del legname è del resto meno proficua dell'appropriazione dei rami: ma tuttavia non è questa nè può essere la ragione decisiva ed ha sempre bisogno, per non cadere

Digitized by Google

assolutamente nell'empirismo, di essere suffragata dai principî che regolano ad un tempo col diritto di proprietà anche il diritto di servitù, in quanto questo secondo diritto è frazionario del primo. Ma il proprietario della pianta ha indubbiamente sulle radici il suo diritto di proprietà ivi esteso per ragione di sviluppo organico, e questo diritto preesiste ad ogni e qualsiasi ragion di accessione del proprietario del fondo vicino; però non è solo il conflitto con un diritto di accessione del vicino sul proprio sottosuolo che cade o può cadere in questione, bensì ancora il conflitto colle limitazioni insite territorialmente nel diritto del proprietario stesso, al quale tronco, rami e radici appartengono. Il diritto di proprietà contiene in sè stesso le sue limitazioni territoriali, perchè una data estensione evidentemente esclude un'estensione maggiore in presenza di altre proprietà territoriali confinanti; al modo stesso che la pluralità degli Stati politici ha una distinzione di base nel criterio territoriale che limita l'estensione di uno Stato di fronte all'estensione dell'altro. Dunque non deve impressionare il riflesso dello sviluppo organico di radici abusive da altre radici non abusive e da tronco non abusivo per venire ad una conclusione diversa da quella che si prenderebbe senza esitare, qualora l'*immissum* da fondo a fondo non avvenisse come effetto di uno sviluppo organico e constasse di pezzi di legno morti e magari pronti ad entrare o già entrati nella fase minerale della loro vita. Nè è a dirsi che recidendo questi corpi avanzati di radici si tolga la vita non pure alle piante, ma neppure alle parti più vicine al tronco delle radici che si sono recise: la pianta resta e pur le radici non recise restano in vita, tanto che possono anche riprender daccapo la loro invasione abusiva e produrre perciò gli stessi inconvenienti dapprima eliminati con la recisione. Quindi, dovendo applicare una disposizione positiva di legge, è l'art. 450 che trova qui il suo luogo più appropriato e più adatto. Allorchè le piantagioni, dice il Codice, sono state fatte da un terzo con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto o di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle: nel quale ultimo caso le piantagioni stesse debbono esser tolte a spese di chi le ha fatte e senza alcuna indennità a di lui favore, anzi coll'obbligo nel medesimo al

Digitized by Google

risarcimento dei danni eventualmente per tal guisa prodotti al proprietario del fondo. Che se intende mantenere queste piantagioni, dovrà pagare al proprietario di esse a sua scelta il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo dalle piantagioni stesse. Anche qui noi possiamo ravvisare il diritto di recisione o di estirpazione, che, senza dubbio, come nel caso dell'art. 581 (*esigere che si estirpino*) e nell'altro dell'art. 582 (*costringere a tagliare*), da obbligo diretto del contravventore coi suoi *immissa* al diritto di proprietà ossia da obbligo *ad faciendum* può convertirsi per lui in *onus patiendi;* allorchè l'autore dell'*immissum* nel termine perentorio prefissogli dal giudice non abbia effettuato il taglio o l'estirpazione. La differenza tuttavia tra l'ipotesi dell'art. 450 e quella dell'art. 582 consiste in ciò, che l'art. 450 parla di piantagioni intiere e non già semplicemente di radici spinte innanzi per l'estremità loro fuori della linea principale o perpendicolare del tronco; parla d'occupazione completa e non di semplice parziale spinta delle estreme punte delle radici: ma, dal punto di vista dei principî e per la giustificazione teorica del diritto di estirpazione o di recisione, non vi ha differenza sostanziale o qualitativa tra l'una e l'altra ipotesi. Si noti in ultimo che il diritto all'estirpazione e al taglio dei rami e delle radici non è subordinato al presupposto della violazione delle distanze legali, ma richiede l'unica circostanza di fatto dell'invasione delle radici da fondo a fondo.

18. Può egli il giudice aumentare le distanze determinate dal Codice? Può diminuirle? Generalmente gli scrittori sono più proclivi ad ammettere l'azione del giudice nel senso di aumentare anzichè nel senso di diminuire: perocchè tutto ciò che rappresenta una maggior cautela sembra che sia ben divisato e ben disposto, mentre una cautela minore sembra piuttosto ispirata ad una deplorevole leggerezza. Inutile dire che questa distinzione risponde ad un criterio perfettamente sbagliato, perchè unilaterale e fallace. Se il giudice aumenta la distanza delle piantagioni, egli in sostanza non fa che inceppare anche di più il pieno esercizio del diritto di proprietà, in quanto si esplica per mezzo di quelle; egli aggiunge

Digitized by Google

un altro colpo al colpo che il legislatore ha dato a quel diritto: e tutto per favorire e salvare il pari diritto di proprietà sul fondo vicino da un pericolo che esorbiterebbe nel caso nostro dal campo della generale possibilità per entrare in un campo di possibilità speciale che può anche effettivamente riuscire molto lontano dal fatto concreto e dal campo reale delle vicissitudini umane e agricole. Diminuendo la distanza, per inverso, egli aumenterebbe il pericolo del fondo vicino bensì, ma favorirebbe l'attività di quello tra i due vicini che è stato il primo a intraprendere quella data specie di piantagioni, quasi come *prior in tempore* nell'ordine di un diritto identico per contenuto e per campo d'azione.

D'altronde, poichè senza dubbio le distanze fissate dal legislatore sono il frutto d'indagini e di studi, come si dovrebbe poter correggere in un senso o nell'altro quanto il legislatore stesso ebbe a stabilire a questo riguardo? Converrebbe che lo stesso legislatore accordasse al giudice questa facoltà di aumentare, oppure l'altra di diminuire le distanze. E infatti l'art. 573, ultima parte, attribuisce al giudice la facoltà di stabilire maggiori distanze ed anche di determinare le opere occorrenti, nel caso di apertura di pozzi di acqua viva, cisterne, pozzi neri, fosse di latrina o di concime, tubi di latrina, di acquaio o d'acqua cadente dai tetti ovvero ascendente per mezzo di tromba o di qualsivoglia altra macchina e rispettive diramazioni; eppure delle distanze ne erano state fissate e potevano sembrare anche sufficienti per l'ordinaria conformazione dei casi pratici, considerate tutte le ragioni e tutte le condizioni di fatto.

E l'art. 578, relativo all'apertura di sorgenti, allo stabilimento di capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure alla modificazione del letto, del pendìo, della forma di essi, ammette che si possano prescrivere maggiori distanze di quelle indicate dal Codice e che si possano eseguire talune opere necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedetti: e, in caso di contestazione fra le parti, conferisce all'Autorità giudiziaria di decidere tra di esse conciliando abilmente i loro rispettivi interessi. Ma l'art. 579 non accorda al giudice espressamente facoltà alcuna a questo riguardo: e, poichè il Codice non la

Digitized by Google

accorda, non può il giudice arrogarsela di suo arbitrio. In un solo caso si potrebbe giustificare l'arbitrio del giudice; e cioè quando la legge tacesse completamente in ordine a certi determinati rapporti, ne trascurasse la sistemazione, in modo da lasciare indisciplinato ciò che non può senza disciplina restare. In tal caso il magistrato, pur senza un'espressa autorizzazione del testo legislativo, può, anzi deve, per ragioni di pubblico interesse, subentrare e supplire alle lacune del Codice; è quasi un piccolo brano dello *ius imperii* o *legislationis* che egli esercita, mescolandolo e compenetrandolo coll'esplicazione della sua giurisdizione, quasi in forma mista per l'uno e per l'altra, e senza abbandonarsi ad eccessive affermazioni di potere o di competenza da *iuris conditor*.

Su questo punto, anche se non si fosse d'accordo tutti, la ragione ultima della necessità, malgrado i dissidenti e le loro scrupolose sottigliezze, verrebbe a porre definitivamente il suggello, accordando la facoltà di cui si tratta ed eliminando i dubbi che nulla risolvono e che non salvano nè punto nè poco la situazione così imbarazzante, come altrimenti si presenterebbe. In tutti gli altri casi però il silenzio della legge esclude in modo assoluto e decisivo l'influenza del giudice; e tra gli altri casi evidentemente deve annoverarsi quello dell'art. 579, nel quale le distanze sono fissate senza lasciare alcun arbitrio al magistrato nè di diminurle nè di aumentarle e senza che il giudice possa da sè attribuirsi un tale arbitrio.

Del resto è cosa lodevole che la legge siasi occupata di fissare un quantitativo stabile per le distanze e che un tal quantitativo abbia voluto come regola generale tener fermo e applicare in tutti i casi singoli, senza distinzione o limitazione da caso a caso e proprio non lasciare alcun campo ad applicazioni disformi o troppo libere. L'unica cosa che resta al giudice è quella di determinare la classificazione delle piante non nominate espressamente in detto art. 579, oppure contenute in esso sotto la denominazione indeterminata: *e simili*, la quale lascia il campo appunto all'opera dell'interprete. Del resto, dato il sistema di misurare le distanze legali, la posizione dei luoghi non è influente nell'applicazione di questo rapporto vicinale; poichè, come si vedrà in seguito,

Digitized by Google

la misura della distanza si effettua dal centro del tronco della pianta ad angolo retto sul confine, o sulla verticale del confine, qualora per ottenere l'angolo retto convenga ricorrere al prolungamento della linea suddetta di confine. Dunque, in ogni caso, anche tenuto conto degli scoscendimenti della terra, le distanze rispettivamente a seconda dei casi determinate dall'art. 579 sono quasi distanze minime, le quali, con una misurazione di percorso territoriale sullo spazio interposto, potranno talora, anzi spesso, risultare aumentate (poichè ben raro è il caso d'una pianura perfetta) ma non mai diminuite. Quindi è che nè le parti nè il giudice dovranno preoccuparsi delle ineguaglianze del suolo per timore che non si adempia la distanza invariabile fissata dal Codice: e, se essi pretendessero di potere aumentare una tale distanza, il desiderio loro, in ogni caso ed anche col territorio più scosceso che si possa immaginare, sarebbe contrario alla legge. E neanche la considerazione di uno sviluppo speciale delle piante di cui si tratta può influire ad aumentarne le distanze: poichè evidentemente il Codice, nel determinare le distanze. ha dovuto tener conto dello sviluppo massimo e non già dello sviluppo minimo e neppure di uno sviluppo medio.

Del resto, le sorprese che può presentare la vegetazione e lo sviluppo d'una pianta non sono così grandi da lasciare nell'incertezza il fabbisogno di spazio libero nè per i rami nè per le radici: le piante mostruose nella natura sono rare ed appunto perchè tali non danno ragione ad una sanzione speciale, poichè *id quod semel aut bis accidit praetereunt legislatores.* Ma *quid iuris*, se, come accade del resto non molto di rado, i fusti degli alberi si torcono in direzione della linea di confine? Questo contorcimento sarà causa d'una diversa inevitabile conformazione del rapporto giuridico, che dia al giudice ragione d'intervenire per via delle distanze? Quanto alle radici no; poichè, per torto che sia il fusto, le radici proseguono sempre per la via del loro sviluppo come se il fusto fosse completamente diritto. La distanza del fusto come fusto è poco significante. Rimane lo spostamento dei rami, i quali, per la contorsione del fusto stesso, possono sensibilmente e forse di troppo avvicinarsi alla linea di confine col fondo vicino: e perciò la ragion dell'ombra, la quale, come

Digitized by Google

si disse, è la ragione movente o ispiratrice del magistero delle distanze. Ora al protendimento dei rami provvede l'articolo 582, all'ombra dei rami che non si protendono proprio sopra al fondo vicino non è il caso di provvedere, poichè sarebbe maggiore il pericolo di contestazioni emulative da parte del vicino che si pretenderebbe ombreggiato con danno della propria coltivazione, che non il danno dell'ombreggiamento stesso, qualora per eccezione, pur serbate le distanze legali, il ciuffo dei rami divenisse nocivo o pericoloso per il fondo vicino grazie al suo protendersi oltre le previsioni.

Taluno potrebbe tuttavia notare che, trattandosi di un caso veramente degno di attenzione, poichè il vicino, pure avendo il diritto di estirpazione o di taglio delle radici e dei rami, non ha il diritto di raddrizzamento del tronco del suo vicino, specie qualora l'inconveniente si manifesti su larga scala e per parecchie piante, debba o almeno possa il giudice interporre la sua autorità per l'aumento delle distanze o per qualsivoglia altro provvedimento che valga ad eliminare l'inconveniente. A noi sembra che di aumento delle distanze non possa ad ogni modo parlarsi; poichè per venire a questo converrebbe svellere la pianta dal suolo e portarla più indietro, a maggior distanza dalla linea di confine. E questo provvedimento di sveller la pianta e trarla a vivere altrove, sia pure a poca distanza dalla precedente, sembra effettivamente eccessivo e fuori di posto; poichè aumenterebbe davvero le difficoltà della situazione e produrrebbe un maggiore spostamento d'interessi di quel che sarebbe se le cose si lasciassero stare come prima. Viceversa, il contorcimento del tronco potrebbe anche essere un atto emulativo del proprietario della pianta, il quale a bella posta voglia spingerla nel fondo del vicino. Se si tratta di un atto emulativo, questo va indubbiamente represso, ma in possessorio; poichè la sede possessoria è la più adatta a risolvere le posizioni abusive, nelle quali non vi sia *immissum* oppure si faccia questione di qualcosa d'altro in meno dell'*immissum* o di diverso dall'*immissum* stesso. D'altra parte la distanza, qual rimedio per sua natura preventivo, si appalesa meglio a proposito quando è fatta la piantagione e prima che lo sviluppo avvenga, anzichè a sviluppo avvenuto, vale a dire a pianta divenuta grossa.

Digitized by Google

La distanza è dunque iniziale; ma se la sua non-conservazione dipende proprio dall'opera o dalla trascuranza dell'uomo dal quale dipendeva il suo adempimento o la sua osservanza dal principio? Si potrebbe anche dubitare da questo punto di vista sull'opportunità e sull'utilità di un posteriore intervento del giudice? Forse; se l'intervento del giudice viene ad esplicarsi in forma suppletiva o sussidiaria all'aumento della distanza legale sino al momento della piantagione, dato e non concesso che allora il giudice avesse potuto immischiarsene senza esorbitare dalla sua sfera di azione. Come potrebbe esplicarsi una tale azione suppletiva del giudice? Prescrivendo forse, in principio dello storcimento del fusto della pianta in oggetto, che la pianta sia non già raddrizzata (la qual cosa sarebbe di grande difficoltà a seconda della diversa qualità delle piante stesse), ma che sia puntellata e sostenuta e contenuta per evitare che essa sia sottoposta ad un maggiore e più sensibile contorcimento? Forse; ma non si vede che tutto questo non ha più rapporto di sorta colle distanze e che è piuttosto argomento di possessorio, in quanto prescrive al proprietario della pianta una data modalità di godimento e di uso delle cose a lui proprie ed in quanto tutela il possesso del proprietario del fondo vicino? Ben può tuttavia l'azione del giudice, anche in sede meramente petitoria, esplicarsi di bel nuovo perchè la pianta ritorni alla distanza che prima aveva e che le è fatta obbligatoria dalla legge; quando questa distanza stessa sia in seguito violata. Appunto grazie non alla deformazione organica, ma grazie allo spostamento della pianta stessa più in avanti e verso la linea del confine. Allora la questione delle distanze sorge quasi *ex integro* e l'autorità del giudice, quantunque praticamente si esplichi come in un aumento della nuova distanza abusiva, teoricamente torna a interporsi ed a manifestare la sua influenza come se la distanza primitiva non fosse stata prescritta nè prima adempita e poi violata. Il giudice allora deve considerare la pianta situata alla distanza anteriore come non più esistente e il trapiantamento di essa come un fatto in tutto paragonabile al trapiantamento da un altro fondo o da una distanza enormemente maggiore della effettiva.

Digitized by Google

Lo stadio dello sviluppo organico in cui la pianta si trova occasiona il fatto del trapiantamento, che appartiene anche esso alla categoria dei fatti di piantagione, si direbbe di piantagione ripetuta o riprodotta, al modo stesso come da un vivaio in un campo a coltivazione avviata. In tal caso non si è punto in tema di possessorio, perchè lo spostamento non è susseguito dalla rimessione in pristino, ma può essere ammesso in tutti i sensi, purchè di bel nuovo si osservi la distanza legale; il proprietario della pianta, a questo patto, può metterla dove vuole per usarne come crede meglio e secondo i disegni da lui fatti o rinnovati e la destinazione da lui impressa al fondo e alle parti di esso o specialmente a quella parte dove la pianta è situata. Mancando gli estremi del possessorio perchè non si tratta di modalità del possesso, resta fermo il contenuto del rapporto petitorio di vicinanza e della combinazione armonica tra proprietà e servitù; nè vi è alcunchè di eccezionale che porti a riconoscere nel giudice la facoltà d'ingerirsi *ex bono et aequo* per temperare le asperità dei rapporti alla cui esplicazione fossero preordinate regole di stretto diritto o di diritto rigoroso, di attuazione non sempre priva di difficoltà e di pericoli. Nel caso nostro noi abbiamo un sistema ben netto e determinato di distanze e a questo sistema non può derogarsi senza offendere il disegno del legislatore e senza venir meno alle regole fondamentali del diritto. Neppure una straordinaria permeabilità del suolo, che dia argomento di supporre una eccezionale espansione delle radici può fare aggiungere un centimetro di più alla distanza fissata dal legislatore. Se però il suolo abbia camminato con le radici dopo che la pianta è stata posta alla distanza legale, evidentemente potrà, a istanza della parte interessata, il giudice prescrivere di nuovo che si torni alla distanza anteriore; ma questo non è certamente aumentar le distanze, bensì mantenerle come sono state poste. Al modo stesso, se il proprietario ha situato una pianta oltre la distanza legale, oppure, dopo averla situata alla distanza legale, gli è stata portata più lontano, egli può sempre avvicinarla fino a che si trovi in regola con la distanza dal confine, così com'è prescritta nella legge o nel regolamento. Poichè quanto si è detto a proposito del Codice

Digitized by Google

civile e di altre leggi speciali (come quella sui lavori pubblici e relativo regolamento per le piante vicine alla ferrovia) regge ancora a riguardo dei regolamenti locali i quali disciplinano questa materia ed hanno applicazione prima del Codice civile e prevalentemente su di esso; la conclusione è unica per l'osservanza completa di quanto dispose il legislatore o di quanto prima o più validamente del legislatore può aver disposto il Consiglio comunale o il Consiglio provinciale. Può tuttavia formularsi un'ipotesi abbastanza strana; e cioè che, quantunque dapprincipio la pianta sia stata posta alla distanza legale, in seguito il tronco ne sia tanto aumentato da non tenersi più alla distanza voluta dalla legge. Senonchè quì conviene anzitutto guardarsi dal confondere tra loro cose che debbono rimaner distinte.

La legge ha voluto che si serbasse la distanza non dall'estremità, ma dal centro del fusto, del cui sviluppo non si è punto preoccupata sotto questo punto di vista. Vuol dire che se il fusto diventa assai grande e dalla estremità esterna di esso al confine tra i due fondi la distanza non è quella prescritta dalla legge o dal regolamento, non per questo vien meno l'adempimento iniziale o sopravviene una causa od una forma d'inadempimento. Che possano darsi dei casi in cui il tronco sviluppi di più e dei casi in cui sviluppi di meno, non sembra strano nè difficile, anche se la differenza da caso a caso è considerevole; in questi casi però egualmente il voto della legge o del regolamento è adempito, quando la distanza prescritta è mantenuta tra il centro del fusto e il confine del vicino. Che se il fusto stesso cresce tanto a dismisura da occupare il terreno oltre il confine, in tal caso trattasi di un vero e proprio *immissum* e il vicino sul quale questa immissione avviene ha diritto a considerar come propria la parte del fusto invadente e ha diritto per conseguenza ad amputarla come potrebbe fare delle radici; quì però è questione ben più grave che della semplice distanza e la soluzione si ha quantunque sia stata rispettata sin dal principio la distanza legale e debba dirsi che questa rimane rispettata sempre e malgrado l'invasione del tronco. Il magistrato non può e non deve nè quando il tronco è per oltrepassare e minaccia di oltrepassare la linea di confine nè

Digitized by Google

dopo che l'abbia oltrepassata ordinare che sia divelto dal posto e tratto indietro, se non gli consta che per uno spostamento avvenuto il suo centro non tenga più l'originaria legale distanza dal confine. Nè è a dire che a caso eccezionale ci vuole eccezionale rimedio, poichè non si sa vedere quale rimedio più eccezionale possa esservi dell'amputazione (beninteso ordinata dal giudice) di parte del tronco della pianta stessa; rimedio, che, mentre è veramente eroico, non compromette sostanzialmente la vita della pianta, la quale è ridotta agli strati interni ed ivi continua senza limite.

19. Si possono acquistare o possono essersi acquistati diritti contro le distanze legali? L'argomento non è facile e si presenta quale uno dei più delicati, come tutti quelli in genere i quali concernano pretese di diritti quesiti o che si dicono tali. Prima dell'applicazione del nostro Codice v'erano delle legislazioni mute sulla prescrizione di una distanza qualsiasi tra le piantagioni e il confine. Questo silenzio ebbe però a stabilire una condizione di cose che si possa oggi ritenere come contraria alla ragion di diritto pubblico e perciò irregolare e degna di esser tolta di mezzo e rimpiazzata dalle disposizioni positive che prescrivono l'osservanza delle distanze? Vi è forse un interesse generale dell'agricoltura che depone in favore di distanze cosiffatte e che non possa essere offeso da interessi particolari, anche concordanti, di due o più vicini, oppure dalla inerte tolleranza con la quale si continua uno stato di fatto precedente, magari cattivo o biasimevole? Cominciamo coll'escludere ogni posizione di pubblico interesse: poichè, a bene intenderci, l'interesse dell'agricoltura non si traduce in una maggiore o minore distanza delle piantagioni, ma forse in una maggior frequenza di esse in quanto questa maggior frequenza si connette colla eliminazione dei terreni incolti. Ma la è una questione del tutto indipendente dalla distanza delle piantagioni dai confini, poichè non saranno nè i due nè i tre metri liberi da pianta a pianta quelli che potranno rendere incolto un terreno coltivato, nè mantenere incolto un terreno già incolto in precedenza. Da questo punto di vista dunque nessun ostacolo pei diritti quesiti: il diritto quesito può stare benissimo e può manifestare liberamente i

Digitized by Google

suoi effetti in contrapposto con le disposizioni del nostro Codice sulle distanze obbligatorie; disposizioni alle quali del resto non è dato espressamente effetto retroattivo e che perciò non l'hanno altrimenti sotto qualsivoglia altro aspetto e per qualsivoglia altro motivo plausibile e giuridicamente valido. Resta a vedere se nel caso pratico ricorrono i requisiti del diritto quesito, dell'interesse sanzionato dalla legge in forma obbligatoria e che avendo ottenuto riconoscimento dagli organi dello Stato deve ottenerlo anche dai privati cittadini che all'autorità dello Stato stesso sono sottoposti. Or si domanda: basta aver piantato un albero sotto il regime di una legislazione che non fissava alcuna distanza per le piantagioni, perchè oggi si abbia diritto di tenere senza legge di distanza quell'albero, oppure è necessario il concorso di qualche altro requisito, quale ad esempio il decorso del tempo? In altri termini, piantata regolarmente una pianta e non più spostata in seguito, in qualsiasi tempo sopravvenga una disposizione che prescriva delle distanze, deve ritenersi che non si debba cambiar nulla dello stato pristino e che la pianta possa rimanere ancora come prima era, e cioè nella stessa posizione ove fu piantata?

Prima di procedere alla risoluzione di questa e di altre consimili questioni, è giuocoforza dare un maggiore studio al testo della legge. Nell'art. 579 il Codice dice — *non è permesso di piantare alberi a distanze minori*, ecc. — Dunque (e questo è importante anche per la misurazione delle distanze) il divieto e la limitazione riguardano soltanto il piantamento, l'atto cioè e il momento del piantare gli alberi. Che sia l'atto del piantare e come sia diverso dall' atto del seminare, e quale sia il momento in cui la piantagione o il piantamento si effettua, ciascuno sa senza che qui faccia d'uopo dichiararlo. Perciò al momento che si pianta fa d'uopo che chi pianta osservi la prescritta distanza: questo e non altro vuole la legge. Or, se al momento in cui è stato pubblicato il Codice la piantagione già esisteva, è evidente che a queste piantagioni già esistenti, ossia preesistenti, il Codice non possa nè debba applicarsi senza gravissima violazione del suo testo. Ma lo spirito del Codice che cosa importa? Forsecchè il legislatore, pure avendo trasandato un richiamo espresso alle

Digitized by Google

piantagioni vecchie, ha voluto gettare le basi di un nuovo ordine di cose o di un nuovo sistema agricolo rispondente ad un criterio, per così dire, informatore e fondamentale, sia pure di riforma, ma di generale anzi universale uniformità? Noi abbiamo visto che l'art. 579 non racchiude, nel suo spirito, alcun disegno che possa toccare il pubblico interesse e che possa dirsi e riconoscersi d'ordine pubblico: or ecco che lo spirito di quell'articolo non è nè può esser dissimile dal contenuto quale risulta per la lettera dell'espressione sua. Esso non è più che una modesta disposizione di indole regolamentare, per quanto espressa sotto forma legislativa: e come tale dal suo punto di vista non ha ragione di pretendere effetto retroattivo e si limita a dar norma a ciò che deve seguire per lo innanzi, per l'avvenire, e rispetta le posizioni legalmente costituite o raffermate dalla legge. Il non aver aggiunto — *nè è permesso mantenerli a distanze minori delle prescritte per la piantagione* —, il non avere emanato qualche disposizione transitoria in proposito è fatto d'importanza capitale e significativa se altra mai e conferma la mente del legislatore, quale risulta per la lettera e per lo spirito, esser quella di non toccare lo stato di fatto antecedente all'attuazione del Codice. Ora, riprendendo il quesito delle distanze serbate in misura minore o non serbate affatto in una piantagione anteriore al Codice stesso, si può ritenere ormai risoluto nel senso più largo che si possa accordare, senza che perciò abbiano ad incontrarsi conseguenze deplorevoli o dannose, anzi al contrario, poichè le conseguenze dannose potrebbero derivare dal sistema opposto, qualora cioè si sforzassero antiche situazioni di fatto per piegarle ad una pretesa uniformità in forza di ultime disposizioni alle quali volesse darsi un'estensione immediata, come se si trattasse di materia di diritto pubblico. Forse si troverà qualche difficoltà a menar buona la nomenclatura di diritto quesito o d'interesse quesito, allorchè non si tratta se non dell'esercizio più o meno pieno d'un diritto eguale e sempre lo stesso, cioè a dire del diritto di proprietà; ma prescindiamo pure da una nomenclatura la quale possa essere controversa e limitiamoci a constatare la preesistenza di uno stato di fatto al quale potrebbe applicarsi la norma prudentissima del di-

Digitized by Google

ritto romano — *res uti nunc est ita sit* —: norma rivolta a costituire della legge giuridica un elemento d'ordine e non un elemento di disordine. In questo caso infatti, come nei casi consimili, elemento d'ordine ed elemento di conservazione suonano il medesimo, dal punto di vista sociale ed anche per la loro intonazione pratica. Del resto, l'aver funzionato da un tempo considerevole (se si tratta di piantagioni che datano da un certo tempo) è garanzia più che sufficiente che non si è in presenza d'inconvenienti gravi, nè sotto la forma del danno nè sotto quella meno accentuata e meno imminente del pericolo. Oltre a ciò, se si risale all'epoca della piantagione, e cioè all'epoca quando la piantagione fu fatta, non è difficile pervenire sulle traccie d'un titolo o almeno d'una tolleranza molto spinta sulla via del consenso da una parte e della legalità dall'altra parte: e così, tra il timore di peggiorare e la quasi certezza di non migliorare la situazione e l'interesse dei privati, meglio è sempre non produrre innovazioni. Resta ognor fermo però il diritto del vicino quanto all'estirpazione o al taglio dei rami o delle radici, allorchè gli uni o le altre costituiscano un fatto d'immissione nel fondo vicino: e così allora, nel cozzo tra due diritti eguali ed egualmente pieni di proprietà, è decisiva la linea di confine la quale separa territorialmente i due diritti o per dir meglio le due diverse personali spettanze del diritto unico. Nè è a supporsi che, se non vi sono nel caso speciale tutti i requisiti per la costituzione della servitù, una diuturna osservanza (che del resto, quanto alle radici, non può risultare per la natura stessa delle radici che sono nascoste sotterra) possa giustificare lo stato di fatto limitativo del contenuto territoriale e non già semplicemente delle modalità di esercizio di una delle due proprietà. Se vi è un titolo in forza del quale l'uno dei due vicini si obbliga di riconoscere e riconosce il diritto dell'altro di protendere rami e radici, sopra gli uni e sotto le altre del suo terreno, certamente non vi è da replicare; e allora ci troviamo in presenza di una vera e propria servitù di protendimento, la quale non è dissimile, salvo il suo contenuto caratteristico, da ogni altra servitù prediale per le regole della sua nascita, del suo funzionamento, della sua estinzione. Epperciò non si tratterà più della ragione dei

Digitized by Google

confini o del sistema delle distanze, ma si tratterà di una vera e propria frazione del diritto di proprietà di un vicino, che si attribuisce all'altro vicino e sulla quale si fanno valere dei diritti i quali sono come una piccola immagine del diritto stesso di proprietà.

Ma di più grande importanza è questo stesso soggetto dello *statu quo ante,* considerato dal punto di vista della prescrizione trentennale, la quale vige in materia petitoria. Il proprietario d'un fondo può acquistare per titolo e per prescrizione il diritto di far protendere i rami e di far addentrare le radici de' propri alberi nel fondo del vicino? Il PACIFICI-MAZZONI (1) ritiene di no, perchè il crescer de' rami è opera della sola natura e poi l'astensione del vicino dall'esercizio del diritto di taglio o d'estirpazione non rappresenta che una semplice tolleranza; seppure non siasi fatta opposizione formale e malgrado quest'opposizione non siasi proseguito a far protendere i rami e a fare addentrar le radici. Al MAZZONI potrebbe rispondersi che l'opera dell'uomo ci è, quantunque negativamente; e consiste nel non tagliare i suoi rami e nel non tenere a dovere le sue radici, permodochè gli uni e le altre restino nel suo territorio, che rappresenta il limite della sfera d'influenza del suo diritto di proprietà. Nè è a dire che il fatto negativo abbia un valore minore del fatto positivo, quando entrambi hanno ugual nesso ed ugual rapporto coll'esercizio del più positivo dei diritti, qual'è il diritto di proprietà, del quale costituiscono il contenuto con uguale importanza sì teorica come pratica: laonde non importa che lo sviluppo de' rami sia opera della natura come fatto organico dipendente dalla vita vegetativa delle piante e a questa vita vegetativa strettamente connesso. Neppure quindi si vede la necessità d'una opposizione formale da parte del vicino e della resistenza aperta ad una tale opposizione in chi vanta poi l'acquisto per prescrizione del diritto di sporgere i rami o di avanzare le radici; poichè l'astensione dall'estirpazione delle radici o dal taglio dei rami è un fatto perfettamente e coscientemente voluto per determinazione non equivoca del vicino, che più tardi magari viene fuori a dichiararsi

(1) *Servitù legali,* vol. 2°, h. l.

Digitized by Google

danneggiato da uno stato di fatto abusivo, da quello stesso stato di fatto che egli ha contribuito a mettere e mantenere in essere.

Nel caso speciale poi deve notarsi anche un'altra circostanza: ed è che, pur senza la sanzione espressa della legge, il diritto all'estirpazione e al taglio si presenta già di per sè come una circostanza tanto naturale ed evidente, da potersi ritenere autorizzata quale semplice esercizio del diritto di proprietà, pur senza bisogno d'una speciale disposizione di legge che regoli il rispettivo e connesso rapporto di vicinanza.

Dunque la prescrizione è perfettamente a suo posto qui e non possiamo nè dobbiamo temere d'applicarla fuori luogo. Piuttosto si può domandare fin da quale istante cominci a decorrere la prescrizione trentennale: se dal momento della piantagione materialmente effettuata dal vicino, oppure dal momento in cui questa piantagione sorgendo a fior di terra si rese visibile all'altro vicino? In pratica sarà ben difficile determinare quando ciò sia avvenuto, se non partendo presuntivamente dall'istante o dal giorno della piantagione, e calcolando approssimativamente in quanto tempo la piantagione stessa può dare i suoi germogli secondo le regole comuni della botanica. È di prammatica accennare qui alla questione e darvi più ampio svolgimento; perciocchè vi furono alcuni che vollero prendere come punto fisso di partenza il piantamento in generale, anche se si tratta non del trapiantamento di piante dal vivaio sul terreno a coltivazione ordinaria, ma del loro semenzamento e del loro rinascimento a ceppaia. Questa opinione non è abbastanza seria praticamente, perchè appunto dal punto di vista pratico presenta una risoluzione non dubbia: il vicino non poteva protestare o ricorrere ai rimedi legali se non al momento in cui gli apparì o gli si rese manifesta l'esistenza di quella pianta o di quell'albero, non prima.

Epperciò, se vi è un periodo di tempo dal piantamento, seminagione o rinascenza della pianta all'apparenza e manifestazione dell'esistenza della pianta stessa al difuori, questo periodo è completamente inutile e perduto per la prescrizione, poichè in caso diverso la prescrizione stessa sarebbe affetta dal vizio originale della clandestinità del possesso che vi dà

Digitized by Google

origine. Che dire se nel corso del trentennio la pianta, per la quale colla maturazione del trentennio stesso si sarebbe prescritto il diritto ad una distanza minore della legale, muore, e ad essa o per rinascenza della ceppaia o per nuova opera dell'uomo si sostituisce un altro individuo vegetale, sia che ne tenga il posto a novità o a parità di sviluppo?

Quando si dice *tantum praescriptum quantum possessum* per limitare quantitativamente od estensivamente il contenuto della prescrizione, s'intende soprattutto determinare che una prescrizione non può nel suo percorso deviare dall'oggetto al quale individualmente nell'inizio riferivasi. E *a fortiori*, se per il nuovo individuo surrogato al primo su cui la prescrizione cominciò, per essersi completamente su questo maturata la prescrizione estintiva dell'obbligo ad una distanza legale, sia appena cominciata a decorrere una nuova prescrizione e forse neppure, grazie alle immediate rimostranze del vicino; non è a pretendersi che lo stato di fatto diventato stato di diritto per l'albero estinto possa ereditarsi allo infinito da un albero qualsiasi che gli venga surrogato sullo stesso posto, senza o con rapporti di parentela tra il precedente e il successivo, cioè senza o con riproduzione per ceppaia. Nell'un caso il secondo individuo aveva pur concorso col primo per un tempo considerevole alla maturazione del decorso del tempo; nell'altro caso il secondo individuo non ha per nulla concorso o forse soltanto insensibilmente col primo al compimento del periodo trentennale. Se dunque una differenza vi è, è nel senso che in questo secondo caso la nuova pianta ha anche minor titolo di fatto per l'usurpazione d'un luogo che non compete ad essa o per la legalizzazione di uno stato abusivo, siccome in origine e per molto tempo contrario alla legge. Ma coloro i quali, anche disinteressandosi del quesito sul congiungimento di due periodi frazionari del trentennio prescritti successivamente ed immediatamente da due alberi sullo stesso posto quasi per successione l'uno dell'altro, limitano la loro asserzione alla trasmissibilità del diritto acquisito da una pianta a tutte le piante successive che sorgerebbero sullo stesso posto, pretendono di allargare e di riportare più rigorosamente al tema delle servitù la materia delle loro osservazioni.

Digitized by Google

Non conviene dimenticare per un solo istante, essi dicono, che noi ci troviamo in materia di servitù prediali e che la servitù prediale alla distanza legale delle piante dal confine non è una servitù delle piante ma del fondo ove le piante si trovano e del fondo vicino che ha diritto di fare osservare una tale distanza: passiva da una parte, attiva dall'altra per corrispondenza logica e pratica. Se dunque il fondo *A* ha acquistato per prescrizione il diritto di tenere una pianta qualsiasi in un luogo *n* ad una distanza minore della legale dal confine col fondo vicino *B*, e se questo fondo *B* ha perduto il diritto di lamentarsene perchè per ben trent'anni si guardò bene dal fare che un diritto simile trovasse riconoscimento giuridico; tutto questo insieme significa che la situazione giuridica, per molto tempo contraria alla legge, e infine dopo trent'anni riconosciuta come regolare dalla legge stessa, presenta piena attitudine a quella perennità che più si addice alla causa perpetua delle servitù prediali. Venendo alla conclusione contraria, dicesi, si verificherebbe l'inconveniente di ridurre la vita d'una servitù prediale al periodo massimo che comincia con la nascita e si compie colla morte naturale della pianta adoperata, secondo il genere di essa e la famiglia alla quale la medesima appartiene. Certo, il ragionamento correrebbe se la premessa ne fosse esatta, vale a dire se si trattasse di vera e propria servitù prediale, per quanto legale; d'una servitù nei rapporti tra fondo e fondo, la quale si estrinsecasse in un confine e in una piantagione ma rimanesse pur nel rapporto tra fondo e fondo.

La vera posizione, a parte l'espressione imperfetta di *servitù legali* adoperata dal Codice, è questa invece. Il proprietario di uno dei due fondi confinanti ha limitato per legge l'esercizio del suo diritto di proprietà nella funzione speciale di esso che è la piantagione, e la limitazione consiste nella obbligatorietà d'una distanza dal confine: per un certo tempo tuttavia egli, senza opposizione del vicino, tiene visibilmente la sua pianta ad una distanza minore della legale e però rientra nella pienezza del suo esercizio dello *ius optimum maximum proprietatis*, liberandosi così dalla relativa limitazione. Non si tratta dunque nè punto nè poco della liberazione da una servitù o della costituzione d'una servitù, ma della

Digitized by Google

liberazione da una specificazione del rapporto di vicinanza che è limitazione di proprietà ma non servitù.

La cessazione d'una tale limitazione, siccome quella che rappresenta il ritorno allo stato normale, non ha alcuna importanza come fatto immutativo di un diritto di proprietà astratto o concreto: essa riporta le cose allo stato pristino, o, per dir meglio, ad una posizione che sembra superiore ad ogni determinazione positiva del concetto di proprietà, tanto da non riportare modificazioni neppure per gli atti d'esercizio della proprietà stessa. D'altra parte, è anche inesatto il dire che, mediante l'acquisita libertà di protender rami o radici, il fondo vicino, purchè non si tratti di qualche *immissum*, sia posto in condizione di servitù passiva, inquantochè costretto a tollerare dall'altra parte sulla linea di confine una piantagione a distanza minore della legale: tutto anche da parte del vicino tollerante riducendosi ad una mera funzione d'esercizio del diritto di proprietà e non ad un vero e proprio *pati* nel senso di servitù passiva. Falso è il concetto della servitù di piantare a distanza minore della legale, perchè nell'usare del diritto di proprietà non è possibile entrare nell'ambito d'una ragione di servitù, fino a che non vi abbia immissione nel fondo del vicino. Non trattandosi dunque di servitù nè da una parte nè dall'altra, cade intieramente l'osservazione che la servitù non cessa per la estinzione della cosa che n'è oggetto e torna in vigore col restituirsi della cosa stessa nel pristino stato; nel caso nostro col rimpiazzo di nuovi alberi ai caduti o morti, sullo stesso luogo e della identica famiglia o specie.

Se una casa si costruisce sul posto d'una casa primitiva e con le stesse dimensioni per quanto può interessare i suoi rapporti con fondi vicini, essa continua a godere di quelle servitù attive e ad esser gravata di quelle servitù passive, di cui godeva la prima casa or diroccata o che su di quella gravavano: dappoichè la vita dell'edifizio non è vita organica come quella della pianta, e per potersi elevare a causa perpetua, ossia a condizione di perennità, deve poter ammettere la sostituzione di edifizio ad edifizio, oppure l'esistenza a tempo indeterminato dell'edifizio primitivo. E sì che un edifizio in condizioni normali può anche far supporre quella durata a tempo inde-

Digitized by Google

terminato, che, come a suo tempo si è visto, è l'indice della causa perpetua nelle servitù prediali; mentre ad una pianta non può attribuirsi una durata od una vita a tempo indeterminato, quando si conosce la durata media o la durata massima delle piante di quella data famiglia e specie. Quindi, mentre nel costituire una servitù a favore di una casa o contro una casa, non si può in modo alcuno presagire quanto la servitù stessa sarà per durare; invece nello stabilire una pianta al confine ad una distanza minore della legale, si sa che più della vita presumibile della pianta quel dato stato di fatto, che del resto deve risalire a più di trent'anni, non può durare. Nessuna sorpresa quindi, nessuna iattura, allorchè, finita quella data pianta, al proprietario, anche sostituendovene un'altra, non sia lecito tenersi allo stesso posto: nessuna iattura che non si fosse potuta prima prevedere e a cui in tempo non si fosse potuto provvedere, magari per mezzo di convenzione tra i due vicini. Si notò anche che la surrogazione identica di alberi ad alberi è impossibile; ma questo argomento prova troppo, perchè anche una nuova casa costruita nuovamente sulle macerie d'una casa diruta non può essere identica alla casa che prima esisteva, quantunque nella casa non siavi vita organica come nella pianta.

Per tenerci nei limiti necessari e sufficienti alla nostra dimostrazione, ci basta osservare che, se si tratta d'un finestrino o d'una veduta abusiva legalizzata col trentennio, dopo la caduta del muro essa può rinnovarsi rinnovandosi il muro stesso, appunto perchè la vita del muro si ritiene perpetua, vale a dire senza determinazione di tempo prevedibile; che se si tratta d'una pianta, la vita di essa può benissimo prevedersi almeno in un *maximum*, e al momento in cui si acquista il diritto alla distanza minore della legale si sa più o meno quanto questo diritto può durare. E perciò appunto nell'un caso si tratta d'una servitù vera e propria di veduta, mentre nell'altro caso non si tratta che di un puro e semplice rapporto di distanza legale nell'esercizio del diritto di proprietà in condizioni di vicinanza: rapporto che non presenta alcuna attitudine ad assumere i caratteri d'una servitù nè attiva da una parte nè passiva dall'altra. Quanto poi ai rami, dopo il trentennio si perde per non-esercizio l'azione

Digitized by Google

per costringere il proprietario dell'albero vicino a tagliare i rami visibilmente piegati sul fondo vicino? L'autorità del TROPLONG è di gran peso e giova tenerne conto. Lo sviluppo ulteriore e progressivo dei rami, egli osserva, non porta ostacolo alla continuità del possesso prescrittibile: s'intende poi che la prescrittibilità del possesso dei rami comincia dove e quando questi rami cominciano ad essere abusivi sotto il punto di vista della distanza. Del resto, a parte la considerazione, del tutto inconcludente e inattendibile, sulla possibilità d'una tolleranza al solo scopo della raccolta dei frutti, non si può negare che vi sia una certa difficoltà a fissare un giorno da cui si possa con sicurezza far decorrere il protendimento abusivo dei rami sul fondo vicino sotto forma d'*immissum* negli spazi aerei sovrastanti al terreno stesso del vicino. Non sarà infatti troppo facile che lo stesso vicino interessato possa provare che nel tal giorno del tal mese del tale anno il ramo o i rami cominciarono ad oltrepassare la linea del confine. Ma vi sono dei casi nei quali, anche per memoria dei vicini, si potrà dire che in una data epoca il ciuffo dei rami si trovava già abusivamente proteso sul fondo vicino; e vi possono essere dei casi, nei quali, dall'epoca di questa notoria invasione siano corsi trent'anni e magari di più: e che si possa provare con testimoni o altrimenti il decorso di questo trentennio di continua protensione. Può anche darsi che l'albero, pervenuto alla sua maturità coi rami protesi sul fondo del vicino, rimanga così stazionario per trenta o più anni (questo, per es., il caso della quercia annosa); ed allora non vi può essere difficoltà di sorta a riconoscere avvenuta la prescrizione a carico di quello dei due proprietari che per *lungo silenzio* ormai è divenuto *fioco* e non può far valere più le sue ragioni in giudizio. Ma si replica anche qui che si tratta d'un fatto naturale, indipendente dalla volontà del proprietario dell'albero, il quale non ha avuto l'*animus adquirendae servitutis* in ordine a questa servitù attiva della protensione dei rami.

Non v'è però asserzione più inesatta di questa che si combatte, può dirsi quasi, da sè; poichè, come già si è detto, se è vero che vi è il fatto naturale dello sviluppo dei rami o delle radici, non è men vero per questo che questi rami

Digitized by Google

possono amputarsi dal proprietario per rispettare i diritti del fondo vicino; e che, se il proprietario non li taglia o non li taglia abbastanza, può ben darsi che ciò faccia con intendimento di acquistare per sè e per i suoi questo diritto alla protensione sul fondo del vicino, ossia che tenda a rendere permanente la posizione delle sue piante non solo, ma ancora l'espansione dell'ombrello formato dai rami delle piante stesse. Certamente non vi è prescrizione senza possesso e il possesso dev'essere il prodotto d'uno speciale *animus* che al medesimo sia rivolto e diretto, e non d'una semplice trascuranza nel potare le piante o nel tagliarne gli alberi; trascuranza o indolenza che del resto mal si può ideare protratta per un intiero trentennio. Anche in questo caso il diritto alla protensione dei rami, come quello all'avanzamento delle radici, non si acquista che per quel dato corpo o individuo determinato di pianta e non per altre piante, quantunque della stessa specie e poste sullo stesso identico luogo. Nè è a dire che debba farsi eccezione per gli alberi posti in filare e non sparsi o isolati; disposizione che i Francesi chiamano a forma di *avenue* o di *allée*, e che richiamò l'attenzione del DEMOLOMBE, tanto da fargli pensare l'esistenza di un corpo unico frazionato in più parti quanti sono gli alberi che compongono l'*avenue*, ma sottoposto ad una regola giuridica sola come un insieme indivisibile, dal quale non può scindersi alcuna parte senza compromettere l'esistenza e l'unità del tutto.

Ma come, si dice in contrario, con una certa disposizione degli alberi voi pretendete di dare un'altra piega al diritto ed estendendo di più la violazione atteso il maggior numero degli alberi, voi volete creare un argomento favorevole a colui che ha violato la legge? Questo argomento però forse non potrebbe resistere al cozzo coll'argomento contrario, se veramente l'*avenue* (notisi che qui il pubblico o la viabilità cittadina non ci entra per nulla, poichè siamo in tema di rapporti meramente privati) costituisse un'unità inscindibile e perfetta; il che, se sta di fronte a chi la collocò con tale destinazione unitaria, non sta però di fronte all'altra parte. E siamo in tema d'interpretazione ristrettiva.

20. Come si fa a misurare le distanze prescritte dalla legge per le piantagioni? La legge non dice nulla in propo-

Digitized by Google

sito e però non si può a meno di ricorrere al lavoro d'interpretazione. Col correre degli anni gli alberi sviluppano sempre più talchè il loro perimetro esterno si avvicina sempre più al confine: talchè, per esempio, il platano, quantunque da virgulto ne fosse distante m. 3, allorquando ha raggiunto il suo massimo sviluppo, può trovarsi a non più di m. 2,50 dal confine. Sono cm. 50 di sviluppo in direzione della linea di confine; e il platano li guadagna naturalmente senza bisogno alcuno di opera speciale dell'uomo, che vada oltre le cure dell'ordinaria coltivazione. Forse dovrà al momento della piantagione calcolarsi la distanza massima o la media che la pianta può nel corso del suo sviluppo raggiungere, perchè in ogni caso rimangano per l'avvenire liberi i m. 3 stabiliti dalla legge; oppure sarà il caso di non preoccuparsi dell'ulteriore sviluppo e dovremo tenerci limitati alla distanza della pianta al momento in cui si semina o in cui se ne trapianta l'allievo da un vivaio? Che non sia stato intendimento della legge di tener conto dell'ulteriore sviluppo, massimo, medio o minimo, della pianta risulta ben chiaramente dal sistema seguìto dal legislatore, il quale a ben chiare note ha dimostrato di non volersi occupare della distanza dell'albero se non all'istante in cui è piantato verso la linea di confine. Questo è l'unico momento in cui il legislatore ha mostrato di occuparsi dell'albero e della sua distanza: il resto, per quanto prevedibile con calcoli di una media approssimativa, sfugge ad una determinazione precisa. Per questo nel Codice si sono fissate delle distanze non indifferenti, appunto (tra le altre ragioni) in vista pure dell'ingrandimento del tronco dell'albero, il quale per ogni anno della sua vita aggiunge uno strato al proprio tronco, mentre la scorza esterna può bene andare in deperimento senza che perciò resti compromessa la vita organica dell'albero stesso; nè l'aver preso in considerazione l'altezza del fusto è privo di rapporti colla grossezza del fusto stesso, non essendo punto naturale che la grossezza del fusto non abbia talune proporzioni coll'altezza del medesimo. Alla parola della legge poi si aggiunge lo spirito della medesima, che è quello di tenere una distanza costante dall'inizio della pianta sino alla fine della vita organica di essa; e costante altresì per qualunque grossezza

Digitized by Google

della pianta all'istante del suo piantamento o trapiantamento nel luogo dal quale si misura la distanza in direzione del confine. Del resto, sarebbe assolutamente cosa quanto mai assurda dar facoltà al vicino, in un'epoca inoltrata dello sviluppo della pianta che l'altro vicino ha piantato in direzione del confine, di rivedere la distanza ed obbligare l'altro a ritirare indietro la sua pianta sol perchè il fusto avesse raggiunto uno sviluppo di 30, 40 o 50 centimetri: nessuna piantagione potrebbe allora esser sicura al confine per un tempo indefinito, se sin dapprincipio non presentasse una, per così dire, sovraddistanza oltre quella fissata dal Codice: il che torna perfettamente assurdo e in teoria e più ancora in pratica. La destinazione del padre di famiglia al momento della piantagione, che appunto è quella che deriva dall'animo di mantenere la piantagione stessa perpetua e intiera, si opporrebbe d'altra parte alla pur lontana possibilità che una piantagione fatta inizialmente alla misura debita in seguito si debba trarre indietro per conciliare quella distanza coll'aumentato sviluppo del fusto delle piante di cui essa consta: nè la legge, se avesse voluto tener conto di questo aumento, avrebbe trascurato essa di aggiungere quella sovraddistanza che chi effettuò la piantagione non può di suo arbitrio aggiungere sorpassando l'intenzione del legislatore e perciò falsandone senza dubbio la mente. E chi ci assicura che il legislatore, nello stabilire la distanza unica, come si è detto sopra, non abbia tenuto conto anche del progressivo ampiamento del fusto a seconda dell'altezza del fusto delle piante di cui si tratta? Se si vuole pertanto evitare il pericolo della remozione di alberi già piantati e sviluppati, conviene prendere come punto di partenza il centro dell'albero e come punto d'arrivo una linea perpendicolare al confine ossia che col confine si tenga ad angolo retto: così si risponde generalmente. Ma che dire, se invece d'essere stato seminato, l'albero sia stato trapiantato da un vivaio? L'allievo può essere ben diritto, ma può essere anche storto: ed in questo caso si farà bene a trapiantarlo in modo che la sua deviazione dall'asse verticale non cada dalla parte della linea di confine.

Se però questo non si può o non si vuol fare, ed in ogni caso, da qual punto del fusto dell'allievo diventato pianta di

Digitized by Google

sviluppo pieno e autonomo si deve misurar la distanza; la sua altezza potendo essere non solo di centimetri ma di metri da terra? In tal caso, partendo dal principio che lo spazio aereo sovrastante ad un terreno appartiene al proprietario del terreno stesso o almeno è disponibile solo a suo favore, si potrebbe dire che si dovesse al confine sollevare una parallela all'allievo trapiantato verso la linea di confine, per misurar la distanza prescritta dalla legge. Ma questo sarebbe troppo, perchè qui non si tratta d'*immissum* di sorta; mentre appunto l'appartenenza, o la libertà dello spazio aereo sovrastante al terreno non deve suonare nel senso di proprietà utilizzabile come quella del suolo o del sottosuolo, ma nel senso che questo spazio aereo non può essere ingombrato da altri, sia per produrre delle ombre moleste, sia semplicemente per coprire la vista del cielo, sia semplicemente per evitare un'eventuale fabbricazione che il proprietario del suolo voglia costruire per l'avvenire sulla linea di confine, anche senza serbare distanza alcuna ed esponendosi perciò al pericolo della comunione del muro da parte del vicino. Tutto questo ragionamento però non corre allorchè e finchè non trattisi d'immissione di rami, come non correrebbe per il sottosuolo (variando ciò che si deve variare a tal riguardo) qualora non vi fosse immissione di radici oltre la linea di confine: epperciò non vi è alcuna necessità di descrivere, per gli effetti della misura, la parallela al fusto dell'allievo trapiantato, sulla linea del confine. Un punto solo al confine è quello pertanto che deve servire come estremo per la misura della distanza, di cui l'altro estremo vuol trovarsi in un sol punto centrale nel fusto dell'allievo stesso: ma, per la ragione delle eventuali ineguaglianze del suolo, questi due punti debbono trovarsi ad un medesimo livello sull'orizzonte. Dunque si procederà a questo modo. O la pianta trovasi ad un livello più elevato di quello del confine o trovasi ad un livello più basso: matematicamente allo stesso livello è quasi impossibile che si trovino e pianta e confine. Se la pianta è più alta conviene prolungare in alto la linea del confine e dal centro della pianta, in un punto qualunque della sua altezza trattandosi di allievo trapiantato, o al punto del suolo dove fu posta la semenza, praticare una linea di

Digitized by Google

livellazione, parallela all'orizzonte, che vada a toccare il prolungamento della linea di confine. Se questa è più alta del punto dove sorge la pianta, è d'uopo procedere in senso inverso, vale a dire prolungare la linea del terreno dove l'allievo sorge o dov' è stato semenzato il germe della pianta, fino a render possibile la descrizione della linea parallela all'orizzonte. Su questa linea di livellazione poi si misura la distanza legale: quella distanza legale la quale non potrebbe assolutamente misurarsi sopra una superficie o crosta di suolo, la quale, per quanto poco accidentata, tuttavia non può mai rappresentare con geometrica esattezza una linea perfettamente retta su di cui vi sia agio di praticare delle misure alle quali voglia darsi efficacia giuridica e valore di rapporto vicinale. Ma come si fa a prendere il punto centrale nel piccolo tronco dell' allievo oppure il punto preciso del germe seminato? Se vi è difficoltà pratica, è certamente per il tronco dell'allievo e non per il punto della seminagione del germe; poichè questo punto è fatto manifesto per lo meno dal germoglio che su di esso va a svilupparsi. Ma anche del tronco, misurandone la circonferenza, si può stabilire abbastanza esattamente il punto centrale o la linea centrale, più o meno verticalmente al suolo; e su questa linea centrale o sua parallela a distanza calcolata si determina poi il punto buono per l'operazione di livellamento. L'operazione di livellamento del resto è una semplice operazione geometrica e non conviene usurparla agli agrimensori. Se però, come prova, la distanza si vuol misurare sul terreno, si troverà che la distanza così misurata, assecondando le disuguaglianze tutte del suolo, viene sempre ad essere maggiore di quella che si è calcolata sulla linea orizzontale costituita per la operazione gromatica della livella. Questo non interessa punto, poichè tanto i rami quanto le radici si sviluppano al tutto indipendentemente dalle ineguaglianze della superficie del terreno; e la distanza per lo appunto è rivolta soprattutto ad evitare il protendimento dei rami o delle radici, anche in via preventiva, e cioè anche prima che questi rami o queste radici costituiscano degli *immissa* dall'uno all'altro fondo, vale a dire prima che rappresentino un danno effettivo per il fondo vicino.

Digitized by Google

Supponiamo che tra i due fondi, adiacenti alla linea di confine, siavi uno spazio comune, una siepe, un canale, o una fossa comune, una strada comune. Che cosa si deve fare, come ci si deve comportare nel misurare allora la distanza? Si potrebbe dire che in questa siepe, canale, fosso o strada, per ragioni di destinazione permanente facili a comprendersi, non si svolge vegetazione di sorta nè si devono compiere lavori agricoli, e che quindi il magistero preventivo delle distanze in tal caso non richiede che il canale sia tenuto in conto diverso per la comunione di quanto può esser tenuto in conto se appartenga unicamente al proprietario che effettuò la piantagione; tanto più che si tratta di comunione *pro indiviso* e non di comunione *pro diviso*. In altri termini, partendo da questo punto di vista, la siepe, il canale, la fossa o la strada comune dovrebbe esser compresa tutta entro la misura della distanza legale, a seconda della grossezza della pianta. Ma questa soluzione urterebbe contro le regole fondamentali della comunione, le quali comportano che ciascuno dei comproprietari possa, compatibilmente coll'altro, esercitare dei diritti di proprietà sulla cosa comune, i quali, se appunto per ragion d'esercizio richiedono una divisione territoriale nella sfera d'azione, non possono essere delimitati che da una linea mediana nel fosso, siepe, canale, strada comune; come se appunto per ragione d'esercizio in quella data conformazione di atti concreti la comunione cessasse di essere *pro indiviso* e divenisse vera e propria comunione *pro diviso* od anche proprietà divisa ed assegnata rispettivamente a entrambe le parti. Nè il Codice civile trascura di darci esempi di un tale sistema, allorchè disciplina nell'art. 551 le immissioni nel muro comune; poichè vi sono dei momenti e dei casi, nei quali l'esercizio pratico del diritto di proprietà su di una cosa comune richiede necessariamente che questa cosa si ritenga divisa a metà, quantunque giuridicamente non lo sia, tra i due comunisti *pro indiviso*. Nella misura delle distanze poi deve seguirsi un sistema analogo: perchè, se ad esempio il vicino col tempo immette una trave fino alla metà dello spessore del muro, ecco che egli esercita un diritto di proprietà od una manifestazione del diritto di proprietà sino alla metà del muro e quindi sino a

Digitized by Google

quel punto può pretendere che siano sbarazzati il *quid superius* ed il *quid inferius* e che non siano in vista pericoli d'immissioni in questo senso e in questa direzione. Non è soltanto, come potrebbe sembrare, ragione di simmetria, ma anche e soprattutto vi è la ragione che, se il diritto di comproprietà in talune circostanze non potesse come il diritto di proprietà presentare delle manifestazioni di prevenzione, esclusive di altre manifestazioni consimili da parte del comproprietario, non ci offrirebbe un contenuto pratico sufficiente al quale da parte nostra si potessero accordare gli onori di una combinazione coi rapporti petitori di vicinanza e coi rapporti più speciali di servitù. Ricordandoci e tenendo ben presente appunto che noi ci troviamo propriamente in materia petitoria, non ci sarà difficile spiegarci talune necessità di esercizio pratico del diritto di proprietà e le soluzioni che da queste necessità pratiche inevitabilmente dipendono: necessità e soluzioni le quali effettivamente si traducono nella divisione a metà del muro, fosso, canale o siepe comune allo scopo di potervi esercitare in forma concreta il diritto di proprietà, che altrimenti non troverebbe e non potrebbe avere la sua attuazione. Che se corresse il ragionamento desunto dalla destinazione della strada, fosso o canale (anche escludendo la siepe la quale ha pure una vita vegetativa e può formare anche parte accessoria di tutto un piano di coltivazione), una stessa identica conclusione dovrebbe adottarsi non solo per le strade, fossi o canali comuni, ma anche per le strade, fossi o canali che appartenessero ad un proprietario solo: per la qual cosa l'argomento, al quale si vorrebbe dare un eccessivo valore, viceversa non vale niente e deve del tutto eliminarsi, e anzi deve aggiungersi che, se anche la strada, il fosso o canale fosse tutto del vicino (a maggior ragione poi la siepe) (1), la distanza dovrebbe misurarsi dall'estre-

(1) S'intende parlar sempre di siepi vive, poichè le siepi morte non sono che ingombri quali che siansi, e non attraendo a sè nutrimento perchè mancano di forza vegetativa non cambiano lo stato di fatto e di diritto del territorio più che non possa cambiarlo un cumulo informe di ghiaia o di sassi che non possa aspirare in alcun modo alla denominazione e alla importanza di muro. Del resto anche il testo dell'art. 579 si presta a questa interpretazione.

Digitized by Google

mità rispettiva verso il fondo dove è stato piantato l'albero. Nè potrebbe assolutamente bonificarsi la distanza rappresentata dalla larghezza del fosso, canale, siepe o strada, a favore di chi effettuò la piantagione; pretendendosi di calcolare la distanza stessa non già dal margine verso la parte della piantagione, ma dal margine verso la parte opposta: perciocchè la linea di confine è quella non questa, e noi dobbiamo mantenerci fedeli alla linea di confine secondo lo spirito e la lettera della legge. Gli stessi criteri debbono applicarsi allorchè al confine tra i due fondi siavi una strada di proprietà del vicino a favore del quale sono stabilite le distanze; e ciò quantunque questa strada sia sottoposta a servitù di passaggio in favore del fondo sul quale la piantagione si compie od anche a servitù pubblica di passaggio. La conclusione non cambia perchè la strada, quantunque sottoposta a servitù di passaggio, e quantunque non possa per l'avvenire esser mai disfatta e ridotta a terreno coltivo, tuttavia è sempre in proprietà del fondo a cui favore è istituita la servitù delle distanze, ed è situata sulla linea di confine tra i due fondi; linea dalla quale la distanza stessa dev' essere computata. *Quid iuris* se tra i due fondi esista una strada pubblica? Ordinariamente i due fondi sono entrambi al confine preciso con la strada pubblica; quindi non confinando più tra di loro, non possono più al caso speciale applicarsi le disposizioni della vicinanza e le distanze tra vicini: sovraggiunge invece l'applicazione delle leggi e dei regolamenti di polizia stradale. Non pare esatto si debba ritenere che la strada pubblica debba considerarsi compresa nella distanza voluta dal Codice; poichè, se tra i due fondi latistanti alla strada pubblica questa non fosse, ma esistesse un frustolo oblungo di terra coltivata spettante ad un terzo proprietario, questo sarebbe il fondo confinante con quello nel quale si va ad effettuare la piantagione e solo riguardo ad esso dovrebbe la distanza osservarsi e non riguardo all' altro proprietario che trovasi al di là della via pubblica tale quale come potrebbe trovarsi al di là di un frustolo di terra interposto. La strada pubblica però esiste e non si può considerare come non esistente e come territorio per finzione di favore annesso quasi al fondo sul quale si effettua la piantagione

Digitized by Google

degli alberi della cui distanza si tratta: e oggidì siamo in paesi civili nei quali la legislazione e la regolamentazione delle strade pubbliche è sufficientemente, e persino troppo, sviluppata. — Qualche difficoltà resta tuttavia ad eliminarsi sulla materia delle misure. Secondo l'art. 576, allorchè si tratta di fossi o canali da scavarsi alla distanza del confine col fondo altrui, quando questo confine si trovi in un fosso comune o in una strada privata comune o soggetta a servitù di passaggio, la distanza stessa si misura da ciglio a ciglio oppure dal ciglio del fosso o canale da costruire (ciglio sempre più vicino al confine) al margine o lembo esteriore della strada più vicino al nuovo fosso o canale: in questo caso la linea mediana del fosso o canale non conta dunque per nulla, mentre invece nel caso che ci occupa noi ci teniamo appunto alla linea mediana. Or qual'è la ragione della differenza? La legge ha voluto indubbiamente esser più rigorosa per gli scavamenti che per i piantamenti; poichè gli scavamenti, importando lo smuoversi di tutta quanta una zona di territorio e talora anche persino la deviazione e l'invasione delle acque sotterranee, costituiscono un pericolo o un danno maggiore di quello che può provenire dalle radici, le quali anzi, lungi dal produrre scoscendimenti, spostamenti o allagamenti sotterranei, servono a consolidare viemmeglio il suolo, a renderlo più resistente, meno friabile, meno sottoposto a sfaldature. E, poichè questa disposizione dell'art. 576 non è richiamata per le piantagioni nè dall'art. 579 nè da altro articolo apposito, è naturale si debba concludere che il legislatore ha riservato il suo maggior rigore per il caso dell'art. 576 e per il caso dell'art. 579 si è voluto mostrare meno rigoroso nel sistema o metodo delle misure. Del resto, tra un caso e l'altro non v'è poi tanta ragione di somiglianza, che la diversità di sistema e di metodo debba in qualche modo preoccupare: le piantagioni traggono dal suolo nutrimento e s'immedesimano quasi con la terra, anche per ragioni di sviluppo organico; gli scavamenti rappresentano invece modificazioni della massa sotterranea, anzi detrazioni di quantitativo, per così dire, dalle viscere della terra. Anche dal punto di vista fisico, sono dunque dei fatti d'indole ben diversa e ben diversamente caratterizzabili, nè tra gli uni e gli altri, vuoi dal punto di

Digitized by Google

vista fisico, vuoi conseguentemente dal punto di vista giuridico, può istituirsi raffronto di sorta alcuna. S'intende poi che se tra i due fondi esiste un ruscello, o corso d'acqua, anche naturale, la distanza dev'essere presa dalla linea mediana del fosso, ruscello o canale; a meno che, come spesso accade per ragione di difesa dalle acque, i due o più proprietari dei fondi latistanti, nell'interesse comune, si accordino nel rinunziare rispettivamente al diritto delle distanze pur di vedere l'altra sponda, cioè la sponda opposta, convenientemente munita. Questo si dica, s' intende, per i corsi d'acqua privati e non per quelli pubblici, riguardo ai quali le piantagioni sono sottoposte a regolamenti appositi.

21. Si intende che così la distanza stabilita dalla legge come una distanza minore acquistata per prescrizione può in seguito esser variata per manifestazione di volontà contrattuale. Contrattualmente si può anche pattuire quello che non si può acquistare per prescrizione; vale a dire il diritto ad una distanza maggiore della legale. In un contratto che sia l'esplicazione di una data destinazione del padre di famiglia, quali effetti può avere una tale destinazione nei riguardi dell'acquisto del diritto ad una data distanza o a nessuna distanza? Poichè le distanze massime seguite per simmetria o per semplice necessità di coltivazione non debbono confondersi con quelle che si potrebbero chiamare distanze di rispetto ossia interposte allo scopo precipuo di rispettare i diritti del vicino. La destinazione iniziale, che è quella di mantenere una piantagione perpetua e intiera così come è fatta (laonde giustamente si esclusero gli estremi della destinazione stessa nel fatto della sostituzione d'una pianta ad un'altra pei riguardi della servitù), può bensì essere completata da altre forme o maniere posteriori di destinazione; spostamenti, aggiunta di piante intermedie e va dicendo. Ad un tratto il proprietario del fondo, ove le piantagioni furono fatte magari anche violando le leggi della simmetria, divide il fondo stesso in due fondi minori, per venderli entrambi così come risultano da questa nuova destinazione per lui impressa al fondo originariamente unico. Ora, naturalmente, la divisione del fondo con molta probabilità riuscirà fatta in

Digitized by Google

modo, che presso al punto di divisione si troverà collocata una linea di piante a così breve distanza dal confine, che può anche essere inferiore a quella prescritta dalla legge. Servitù prima non vi era, non vi era distanza di piante prefissa dalla legge, perchè non vi era confine e il fondo era uno solo.

Ora, nella parte generale, noi abbiamo ammesso che le servitù possano acquistarsi per destinazione del padre di famiglia; la quale destinazione si traduca in ultima sua manifestazione nel contratto di vendita di un fondo diviso. Nè qui abbiamo ragione per revocare in dubbio la nostra opinione o per correggerla o rettificarla: soltanto dobbiamo tener presente che il rapporto di distanza legale non è già un vero e proprio rapporto di servitù e dalla servitù prediale differisce parecchio. Le distanze legali, lo ripetiamo ancora una volta, non costituiscono che una modalità regolamentare per l'esercizio del diritto di proprietà. Altre modalità nell'esercizio del diritto di proprietà sono imposte indipendentemente dal rapporto di vicinanza; questa delle distanze è imposta invece proprio in considerazione del rapporto di vicinanza, ma non perciò cambia di natura e cessa di essere una limitazione del diritto di proprietà. Ora questa limitazione delle distanze legali, che suppone in modo assoluto il rapporto di confinazione vicinale e che è esclusa allorchè trattisi di piante inserite nel corpo di un fondo appartenente ad un proprietario unico, non può esistere prima che intervenga la destinazione del proprietario completata e suffragata dalla vendita dei fondi risultanti dalla divisione; e non può esistere neppure dopo, perchè, allorchè i fondi sono stati divisi e venduti, le piante erano già da più o meno tempo piantate, e ciò basta a costituire uno stato di fatto acquisito e degno di protezione giuridica. Non è necessario richiedere il trentennio, perchè non si tratta di prescrizione contro una legge od una convenzione che importasse limitazione, ma si tratta d'esercizio incontrastato del diritto di proprietà; basta la semplice preesistenza della piantagione al contratto di vendita per corpi separati delle due parti risultanti dalla divisione del fondo originariamente unico. E neppure è ammissibile che uno dei due acquirenti obblighi l'altro ad asportare o trarre indietro a maggior lontananza dell'attuale le piantagioni già

Digitized by Google

esistenti e regolarmente collocate alla distanza che si volle *iure proprietatis.*

Vuol dire che i due acquirenti, prima di comprare, debbono conoscere lo stato dei fondi rispettivi e la posizione delle piantagioni di confine, per decidere se, in presenza di un tale stato di fatto, convenga oppur no ad essi di procedere all'acquisto della rispettiva parte del fondo così diviso: ma essi debbono cacciarsi assai bene in testa che fatto l'acquisto non è più dato ad essi, invocando il contratto, pretendere di far cambiare al vicino e molto meno cambiare di propria opera od autorità un tale stato di fatto che fu in origine regolarissimo e per nessuna ragione al mondo (trattandosi di un rapporto di mero ordine privato) ha perduto in seguito la regolarità sua per motivi di pubblico interesse.

Così è dimostrato come la manifestazione di volontà contrattualmente esplicata anche con un fatto che molto davvicino potrebbe rappresentare un fatto di destinazione non può costituire un rapporto di distanza legale, che rimanga nei limiti della ragion privata, contro uno stato di fatto anteriore in cui tal rapporto era ben lungi dal sussistere. Ma, indipendentemente dalla destinazione del padre di famiglia, e per un fatto esplicitamente contrattuale, e cioè tale in cui la manifestazione di volontà non sia la conseguenza di un fatto diverso, può benissimo un tal rapporto delle distanze legali essere variato in più, in meno, oppure in senso di piena eliminazione.

Come si è detto, se pure non si tratta di strade pubbliche o di corsi d'acqua pubblici, o di fortificazioni, o di fabbriche pericolose, il regolamento rappresentante l'imperio dello Stato nei suoi organi centrali o locali, od anche contenuto addirittura in disposizioni legislative, si tace. E, se il regolamento tace, la volontà dell'uomo contro disposizioni di legge non stabilite a pena di nullità (nè lo sono quelle dell'art. 579 del Codice) regna sovrana e non subisce limiti di sorta, anche se è ordinata a raggiungere un mero scopo di dilettazione più che uno scopo di vera e propria utilità pratica. D'altra parte, chi più dell'interessato o degli interessati può essere giudice di quello che convenga al proprio interesse? Ad un solo punto la volontà delle parti anche qui si deve arrestare,

Digitized by Google

e, se non si è arrestata o non si arresta, deve considerarsi come improduttiva di effetti: quando cioè, per la volontà delle parti, si ponga in essere qualche cosa che denaturi profondamente il rapporto giuridico e le parti continuino o pretendano ciò malgrado di volerlo designare quale non può essere: in tale ipotesi il rapporto esiste, ma non è quale le parti lo hanno designato. Nelle piantagioni la volontà delle parti può bensì influire nel senso di cambiare da un istante all'altro la specie di coltivazione; per esempio, piante finora tenute a pieno sviluppo possono mettersi a capitozza o viceversa. Questo appartiene nè più e nè meno che all'esercizio del diritto di proprietà; e perciò una legge o un codice che subordinasse la distanza delle piantagioni all'essere queste tenute a pieno sviluppo o a capitozza si fonderebbe sopra un criterio poco legale e meno esatto, anzi, se così può dirsi, contaminato dalla macchia d'empirismo. Così, d'altra parte, mentre il proprietario del fondo non deve render conto ad alcuno della coltivazione che egli fa nel suo fondo, non può dar luogo a danni o pericoli per il fondo del vicino, ed in tal caso segue l'ordine della sua responsabilità così preventiva come postuma.

Quanto poi ai terzi, è noto ed evidente come la loro volontà non possa per nulla entrare nella determinazione di questi rapporti, che sono circoscritti unicamente tra i confinanti, poichè riguardano l'interesse esclusivo di costoro, così come quest'interesse può svolgersi parallelamente od anche antiteticamente al diritto e all'interesse delle parti poste tra loro in rapporto di servitù. Del resto, come si disse, immissioni aeree o sotterranee possono anche aver luogo attraverso un fondo interposto tra due altri: ma allora questo rapporto, prima d'interessare questi ultimi due fondi, deve interessare uno di essi e il fondo interposto. E allora il primo rapporto prediale da considerarsi è appunto quello col fondo interposto e potrà susseguirne o accompagnarlo un altro rapporto tra quel fondo interposto e un altro fondo dei due dei quali sembrerebbe dovesse trattarsi. S'intende però che il terzo, proprietario del fondo interposto, non mette cosa di suo nei rapporti tra i due fondi nei quali è interposto, considerati questi come l'uno di fronte all'altro, ma può soltanto servire come

Digitized by Google

mezzo di trasmissione per via riflessa ossia indiretta. Nè i fondi intramezzati dal fondo interposto possono pretendere di mettersi a fronte l'uno coll'altro, trascurando i rapporti rispettivi che hanno o possono avere col terzo fondo interposto, il quale forma un terzo elemento di diritto tutt'altro che eliminabile. Oltre a ciò si deve notare la difficoltà d'un caso, in cui la presenza di un fondo interposto possa alterare in qualche modo o cambiare i rapporti tra i due fondi: occorre proprio che ci troviamo in presenza di un piccolo frustolo di terra che si trovi in mezzo ad altri due fondi maggiori, i cui rapporti sarebbero più importanti se essi fossero posti direttamente in rapporto tra di loro. Lo stesso dicasi se tra i due fondi sia interposto un canale o fosso appartenente ad un proprietario diverso da quelli dei fondi latistanti: prima converrebbe regolare i rapporti tra il proprietario del fosso e il proprietario di ciascuno dei fondi latistanti, e quindi converrebbe regolare i rapporti tra i proprietari stessi dei fondi latistanti. In fin dei conti, il rapporto giuridico tende sempre ad una sistemazione equilibrata tra i proprietari dei due fondi maggiori: e questa è anche una conseguenza della posizione economica, per la quale il proprietario intermedio finisce coll'essere economicamente sopraffatto dai due proprietari maggiori e coll'essere alla mercè di questi. Del resto, qualunque ipotesi di fondi interposti si possa fare, la conclusione è sempre unica: e cioè che la volontà e l'azione dei terzi non può affatto influire sulla determinazione dei rapporti tra due fondi di cui si tratta. La qual cosa è conforme ai principî generali di diritto riguardanti i fatti dei terzi in rapporto coll'azione di coloro che costituiscono il rapporto giuridico.

Se col decorso del tempo l'una delle parti non trovasse più conveniente tenersi alle distanze convenzionali e volesse per suo conto sottoporre il rapporto di piantagione alle disposizioni legislative che ne regolano la vicinanza, non vi sarebbe altro mezzo che quello ordinario per la rescissione dei contratti: per mutuo consenso si stabilisce una convenzione, e per mutuo consenso (o, come anche dicesi, per mutuo dissenso) si fa ricadere nel nulla, se ne distrugge l'esistenza. Ma se l'una delle parti, pur contro il consenso dell'altra per

Digitized by Google

la cessazione del rapporto convenzionale, instasse per le vie giudiziali allo scopo di ottenere l'applicazione delle distanze legali? L'eccezione desunta dal contratto sarebbe pienamente valida per frustrare l'azione diretta all'ottenimento della distanza legale? In altri termini, quali sono gli effetti dell'inadempimento, di cui una delle parti dimostra chiaramente l'intenzione col chiedere che si applichi la distanza legale? Non diversi da quelli di qualsivoglia inadempimento: l'altra parte può valersi della facoltà accordatale ai termini dell'articolo 1165 Codice civile; la parte verso la quale non fu eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi.

Dunque il nodo della questione nel caso nostro è se sia possibile costringere l'altra parte ad adempiere il contratto, vale a dire a non valersi delle disposizioni di legge sulle distanze, all'applicazione delle quali essa ha rinunziato per mezzo del contratto; oppure (ciò che è lo stesso) se sia possibile frustrarne l'azione giudiziaria diretta ad ottenere l'adempimento delle distanze stesse, mediante l'eccezione del contratto. La risposta è semplice; se è efficace in questo caso la deroga contrattuale alla disposizione legislativa, si comprende come l'applicazione della disposizione legislativa trovi ostacolo nella deroga contrattuale: praticamente poi non vi ha nulla d'impossibile nell'adempimento delle disposizioni contrattuali, trattandosi nè più nè meno che di mantenere lo *statu quo ante*, ossia le condizioni di fatto che trovansi in vigore al momento in cui si eccita la procedura giudiziaria diretta ad ottenere l'applicazione delle distanze legali. Il non-adempimento delle distanze legali e l'adempimento di quelle contrattuali, o, in genere, la conservazione dello stato contrattuale non rappresenta che un fatto d'inerzia sul passato, un facile stato d'invariabilità e di pace, ch'è più facile mantenere e più difficile variare. Ed ecco che il giudice, lungi dal rispondere all'azione per l'osservanza delle distanze legali, può invece ben decidere che si osservi quello stato contrattuale, di cui l'attore tenta l'inadempimento mediante l'esperimento del giudizio. Anzi, se v'è caso in cui per effetto

Digitized by Google

inverso della condizione risolutiva si può ottenere l'adempimento di un contratto ai sensi del Codice civile, pare proprio che sia questo; poichè l'adempimento non produce alcuna conseguenza dannosa o pericolosa per alcuna delle parti.

Ma così gli effetti del contratto saranno per durare eterni? Questo no; perchè ad ogni modo, quantunque l'art. 1165 del Codice dia modo di obbligare all'adempimento la parte inadempiente, tuttavia, in ultima analisi, la parte obbligata può anche rifiutarvisi nè può essere costretta a fare, traducendosi tutto alla fine dei conti in un maggiore o minore risarcimento di danni. Però nel caso nostro, quantunque non si possa costringere un cittadino a non sperimentare un'azione in giudizio, il magistrato ha modo, rendendo frustraneo l'esercizio di quest'azione, di obbligare la parte interessata allo adempimento del suo impegno contrattuale, così per via indiretta; facendo sì che essa taccia di fronte all'eccezione del suo avversario, il quale adduce il contratto. Per sciogliersi da questo e liberarsi dal vincolo d'una distanza minore della legale, l'interessato deve ricorrere ad altri mezzi che possano essere a sua disposizione e dei quali l'andamento successivo del rapporto giuridico offra a lui la possibilità: ma non può in un testo di legge, al quale egli poteva derogare ed ha effettivamente derogato, trovare e formarsi un pretesto permanente, più che una buona ragione, per muovere difficoltà all'osservanza di un rapporto convenzionale liberamente consentito. La legge nel caso nostro non può salvare dall'adempimento del contratto.

Per convenzione, senza dubbio, si possono anche regolare le modalità d'esercizio di questo diritto di servitù, per quanto poco possa sembrare che il diritto stesso si presti allo svolgimento e all'attuazione di modalità nel suo esercizio. Ma tuttavia può darsi che si convenga di abbreviare la distanza legale, inquantochè non si teme delle radici; però con una certa riserva nel taglio dei rami, in quanto si tema piuttosto per ragione dei rami: talchè, se i rami si tagliassero in un modo diverso, secondo l'intendimento delle parti contraenti converrebbe osservare la distanza legale o almeno tra la distanza legale e la distanza convenuta seguire una distanza intermedia da convenirsi. Altre modalità diverse si possono

Digitized by Google

escogitare e convenire per la salvaguardia degli interessi reciproci; per esempio, quella della tenuta delle piante a capitozza o ceppaia: nè il magistrato può indagare se ciò sia un bene o un male, almeno finchè non si tratti di un'indagine adatta a discoprire una volontà dubbia od uno scopo mal determinato, vale a dire di un'indagine la quale non formi scopo a sè stessa. Queste modalità, qualora le parti abbiano così voluto, formano il contenuto essenziale del rapporto di servitù e debbono essere adempiute anche se importano modificazioni e anzi per quelle modificazioni soprattutto che esse importano alle disposizioni della legge.

Una cosa però certamente non può la volontà degli uomini: cambiar natura al rapporto giuridico e trattarlo come se non fosse un rapporto di vicinanza o non fosse un rapporto di servitù prediale. Invece si possono stabilire quelle modalità le quali non cambino la sostanza del rapporto stesso e non lo facciano funzionare in modo contrario o contraddittorio con la sua indole e coll'intendimento che ha guidato il legislatore nel disciplinare rapporti di questa specie. Se però le distanze, anzichè dal Codice civile, siano determinate da un regolamento municipale emanato nell'esercizio del pubblico potere e avente forza di atto d'impero; in tal caso, purchè il regolamento stesso non lasci alle parti interessate la facoltà della deroga, sembra evidente che non vi si possa per convenzione derogare fissando distanze minori. In tutti i casi questa deroga resterebbe ferma nei rapporti tra le parti e non escluderebbe l'adempimento su disposizione del potere pubblico, il quale dopo aver constatato l'inadempimento procedesse ad eliminare lo stato di contravvenzione alle disposizioni da esso tracciate eventualmente nell'interesse pubblico.

A noi sembra peraltro che, quand'anche un Consiglio comunale per rispetto alla volontà del legislatore volesse occuparsi di sistemare le piantagioni al confine tra più vicini, raccogliendo più che altro il prodotto delle consuetudini locali e non creando di sana pianta delle disposizioni nuove, esso non agirebbe con sufficiente correttezza escludendo la deroga di parte alle distanze fissate o anche soltanto non disponendo espressamente che le parti hanno facoltà di pro-

Digitized by Google

cedere ad una deroga tale; perchè nella maggior parte dei casi o anzi per sua stessa indole (quando pure non ricorrano ragioni particolari, che a tutta prima non è dato neppure di fissare in ipotesi) il rapporto è di ragione esclusivamente privata e non si vede come possa interessare l'ordine pubblico, neppure alla lontana e per riflesso.

Le Autorità tutorie, le quali hanno attribuzione di dar corso ai regolamenti comunali, dovrebbero rifiutarsi di approvare un regolamento municipale delle distanze che non lasciasse in libera facoltà degli interessati di derogare alle distanze regolamentari per le piante di confine, nel modo come credono migliore: intendendosi sempre che sì le disposizioni di una legge come quelle di un regolamento non abbiano efficacia se non allorchè taccia la volontà delle parti e quasi per interpretare questa stessa volontà nel modo più conforme, secondo le previsioni, all'interesse reciproco dell'una e dell'altra parte. Che se le parti provvedono diversamente, è giuocoforza concludere che queste previsioni sono errate o per lo meno non corrispondono agli errori che le parti stesse possono aver fatto nella determinazione di ciò che ad esse sembra essere il loro interesse; errori che a nessuno e neppure al legislatore o al Consiglio comunale è dato di correggere, di rettificare o di eliminare, sostituendosi a quanto rappresenta un calcolo di opportunità o di utilità ispirato unicamente a criteri subbiettivi, nei quali ciascuno si conduce e vede come meglio a lui talenta, senza essere obbligato di render conto agli altri e nemmeno ai pubblici poteri del modo come crede di tutelare i propri interessi, sia pure rovinando all'occorrenza il proprio patrimonio o cagionando un grave danno, od anche un danno leggero, al fondo proprio. Peraltro, anche se nel regolamento non vi sia la riserva d'una diversa volontà delle parti interessate, ci sembra che queste sempre ed in ogni caso possano addimostrare una volontà diversa, fino a che e perchè nel regolamento ciò non sia divietato sotto espressa minaccia d'invalidità. La qual comminatoria, per quanto mal fatta, pure a sua volta dovrebbe rispettarsi dai cittadini e rimarrebbe limitativa della volontà delle parti, le quali intendessero stabilire una minore distanza. Tuttociò che si dice rispetto alle

Digitized by Google

convenzioni dalle quali risulta una volontà delle parti in contrasto con le disposizioni di legge o di regolamento deve poi ritenersi tanto se si tratti di convenzioni a titolo gratuito quanto se si tratti di convenzioni a titolo oneroso: in entrambi i casi la ragione del decidere è una stessa e si può ritenere che il contenuto del rapporto giuridico sia determinato in tutto dalla volontà delle parti e dalla loro iniziativa. Su questo punto sembra non siano mai sorte controversie nè nel campo della dottrina nè in quello della pratica o della applicazione della legge.

22. Sull'applicabilità delle azioni possessorie in tema di servitù prediale già si parlò a suo tempo, nella parte generale, per venire alla conclusione che queste azioni sono tutt'altro che sconvenienti nell'esercizio delle servitù prediali; e inoltre che esse sono ammesse anche nella nostra legislazione, come può rilevarsi dall'esame dell'art. 700 del Codice civile. Però la giurisprudenza si riprodusse il quesito sotto una forma speciale e ridotta in termini del tutto concreti. Si può istituire, domandossi, un'azione possessoria per estirpare alberi non piantati a distanza legale? Si può istituire un'azione possessoria che non abbia per scopo l'estirpazione degli alberi non piantati alla distanza legale? Alla soluzione del primo quesito si arrivò mediante l'argomento procedurale fondato sui numeri 2 e 4 dell'art. 82 del Codice di procedura civile. Quest'articolo, prima di tutto, dichiara di competenza del pretore le azioni possessorie e quindi, separatamente, le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi. Or dunque, avendo in quell'articolo fatto separatamente menzione delle azioni possessorie e delle azioni per l'osservanza delle distanze, il legislatore avrebbe dimostrato l'intenzione evidente di tenere le une distinte dalle altre, di non volerle confondere neppure fuori della sede propria ad una distinzione sistematica, e cioè anche per quanto dovesse riguardare la sistemazione della competenza, che nondimeno anche per queste azioni rimase affidata al pretore per ragioni di speditezza e di vicinanza ai luoghi. A quest'argomento non può certamente negarsi la dovuta

Digitized by Google

importanza, e, diremo di più, un'importanza addirittura decisiva per la risoluzione della controversia, stando ai termini della nostra legislazione positiva. Ma non si può dissimulare che si incontra qualche difficoltà sul punto di cercar la ragione e di motivare con esattezza il sistema accettato dal legislatore con le giustificazioni d'indole teorica che si può ritenere vi abbiano dato luogo.

Il rapporto di servitù, considerato nella sua ossatura dominante, è un rapporto petitorio, come è tipicamente ed eminentemente petitorio il rapporto di proprietà, di cui il rapporto di servitù è frazione. Ma questo significa forse che non si dia possesso di tutto ciò che rappresenta il contenuto materiale del rapporto di servitù? Non è forse oggetto di possesso anche il contenuto materiale del diritto di proprietà? La possibilità del distacco del possesso dalla proprietà e dalla servitù non esclude che proprietà e possesso vadano congiunti allorchè il proprietario ha il godimento diretto della proprietà o della servitù. E, se alla proprietà o alla servitù va congiunto il relativo possesso o per lo meno questo possesso non può mancare, quantunque possa essere presso persona diversa dal proprietario, è certo che non si può non riconoscere debbano altresì concedersi a tutela di un tale possesso le convenienti azioni, che sono naturalmente azioni possessorie. Ma, la piantagione a distanza minore della legale rappresenta una lesione del diritto di proprietà, ovvero una lesione del diritto di servitù? Evidentemente, poichè la distanza legale non altro rappresenta fuorchè una modalità limitativa dell'esercizio del diritto di proprietà, l'inadempimento di questa distanza costituirebbe una violazione di quei limiti prescritti nell'interesse e pel contemperamento di due rapporti di vicinanza contrari: epperò la violazione delle distanze rappresenterebbe violazione dell'esercizio del diritto di proprietà. Quest'esercizio è poi tutta una cosa col possesso o è cosa diversa dal possesso? Spiegamoci con un caso pratico.

Tizio e Caio sono proprietari di due fondi vicini, e l'uno di essi pianta o fa piantare dal suo colono o dal suo affittuario un'alberata verso la linea di confine, a distanza minore della legale. Nel fondo vicino vi è pure un affittuario

Digitized by Google

o un colono; e certamente proprietario ed affittuario o colono saranno ugualmente interessati ad evitare che questo stato di fatto abusivo si protragga a lungo, mentre d'altra parte, il proprietario e l'affittuario o colono del fondo, dove sorge la piantagione abusiva, hanno l'interesse contrario, e cioè di non essere obbligati a spostare le piantagioni già collocate a distanza inferiore alla legale. Ora qui non c'entra punto un possessore che sia diverso dal proprietario; che se del resto ci fosse un possessore diverso dal proprietario, egli non avrebbe interesse maggiore o alla conservazione o all'eliminazione dell'abuso, a seconda dei casi, di quanto ne avrebbe il colono stesso o lo stesso affittuario. La qualità di possessore giuridico non caratterizza pertanto la specie e la quantità dell'interesse necessario per promuovere azione d'estirpazione degli alberi non tenuti a distanza legale; perchè appunto quest'azione non è data a tutela del possesso, essendo ammissibile il possesso anche senza di essa.

Si può tuttavia richiamare a titolo di parallelismo l'azione per la denuncia di nuova opera, di cui all'art. 698 del Codice che si trova sotto il titolo del possesso: essa è data a chi abbia ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa così sul proprio come sull'altrui suolo sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale (e quindi anche ad una servitù che ne rappresenta quasi il prototipo) o ad altro oggetto da lui posseduto. Una piantagione che prima non esisteva e che ad un momento sorge è dessa senza dubbio una novità, ma può chiamarsi *nuova opera* nel senso dell'art. 698? No certamente, poichè la nuova opera di cui parla quest'articolo è un'opera nella quale l'uomo ha la parte principale se non unica; mentre chi può dire che nella piantagione, di fronte allo sviluppo organico della pianta, la parte principale sia dovuta all'uomo piuttostochè alle forze della natura indipendenti dall'opera dell'uomo? Pur tuttavia anche la piantagione nel caso nostro rappresenta una novità che può essere cagione di danno o di pericolo al fondo vicino: ma la piantagione è tal cosa compenetrata con le forze vive del suolo, che, anche quando si trovi a distanza abusiva o si svolga in forma abusiva, rappresenta pur sempre lo stato normale o la normale utilizzazione del suolo stesso, non

Digitized by Google

già una qualsiasi novità intrusa quasi fuori del suo normale posto.

Il suolo è fatto per essere coltivato, specie in aperta campagna, dove persino gli stessi edifizi rimangono come assorbiti nel fondo coltivato e si chiamano precisamente edifizi rurali; ma la coltura è proprio uno stato normale e necessario del suolo, nel quale si voglia trar profitto non solo o non tanto delle forze di sostegno o di equilibrio, ma anche delle forze vive di produzione.

Tutt'altro adunque che opera nuova, nel senso di opera inaspettata: novità bensì e novità deplorata è la piantagione al confine quando lede la regola delle distanze legali e si rende così temibile al vicino. Ma come si può d'una regola che la legge ha posto a contemperamento di due diritti vicini ed analoghi della proprietà convertire la portata tutta a profitto del possesso e quasi come se la sua sede e la sua direzione fosse del tutto o soprattutto rivolta alla tutela di una ragione possessoria? Che ne resta allora di tutta questa tutela alla proprietà, la quale appunto s'intende di contemperare in vicinanza del confine, perchè dei due proprietari confinanti nè l'uno nè l'altro abbia a risentire un danno ingiusto? È forse una sanzione ibrida, una tutela ancor più ibrida, e ne scaturisce più che mai ibrida azione per la conservazione delle distanze, oppure per l'estirpazione delle piante non tenute alla debita distanza? No. Vi sono delle azioni che presentano un'impronta speciale per il loro scopo e per la natura delle disposizioni legislative che le autorizzano: il che accade quando la legge parla chiaro e specialmente quando dà vita a sanzioni e a rapporti che senza essa e all'infuori di essa non esisterebbero; allora, poichè è la legge quella che crea il rapporto, ordinariamente attribuisce a questo tutte le caratteristiche necessarie per classificarlo e per contraddistinguerlo dagli altri rapporti, e non lo trasporta nè al di quà nè al di là in altre frontiere.

Il rapporto di proprietà è messo a posto sulla linea di confine dalla legge delle distanze, allorchè esso si esplica nella funzione della piantagione, ossia dello sviluppo della energia vegetativa dalle forze vive ed organiche del suolo coltivato, della terra produttiva di vita e di sviluppo; e, se

Digitized by Google

anche il possesso ne risente per via indiretta, non per questo deve dirsi che il divieto e il rimedio e l'azione siano meno intanto posti a difesa del diritto di proprietà anzichè a tutela del diritto di possesso. L'azione è dunque petitoria e non implica alcuna ricerca sul possesso della servitù, per quanto possa giovare anche al possesso della servitù stessa, allorchè è contraria alla pretesa di chi domanda l'adempimento delle distanze. Ma poi infine la considerazione che le distanze legali non formano contenuto di servitù se non in senso contrario, cioè in quanto ed allorchè si è acquistato il diritto a non adempierle, è decisiva nel senso di escludere l'indole d'azione possessoria o quasi-possessoria (perchè relativa a servitù prediali) nell'azione diretta al mantenimento delle distanze stesse tra la piantagione e il confine. E chi dicesse che azione possessoria o quasi-possessoria è qualsivoglia azione che abbia lo scopo di regolare l'esercizio del diritto di proprietà o di servitù rispettivamente, non direbbe la stessa cosa come se dicesse che l'azione possessoria è data a tutela del possesso, considerato come avente un contenuto speciale e distinto da quello della proprietà. Il possesso, contrapposto alla proprietà, non può evidentemente confondersi coll'esercizio del diritto di proprietà; altrimenti la distinzione non reggerebbe, per quanto la proprietà e il possesso nella loro esteriorità pratica abbiano pure un contenuto comune. Si può anche aggiungere un'altra considerazione: ed è che, siccome le piante sono quasi incorporate per ragione di accessione organica al fondo sul quale sorgono e vivono, ogni azione diretta per mantenere una data distanza delle piantagioni dai confini deve paragonarsi ad una vera e propria azione per la conservazione della linea stessa di confine tra i due fondi: azione questa indubbiamente petitoria e non punto possessoria.

La conclusione alla quale si giunge è pertanto duplice: non solo l'azione data per l'estirpazione degli alberi non piantati a distanza legale dal confine non è un'azione possessoria o quasi-possessoria, ma alla tutela di un rapporto simile non si dànno nè si possono dare azioni possessorie o quasi-possessorie anche ad altre finalità che quella non sia di fare estirpare gli alberi senza distanza legale. A rapporti

Digitized by Google

veri e propri di servitù, ma a quelli soltanto, noi applicheremo o potremo applicare le azioni possessorie o quasi-possessorie, quante volte ne risulti violato il quasi-possesso. Però si potrebbe dire che la parte la quale ha diritto che il suo vicino si tenga alla distanza indicata dalla legge, nell'inadempimento del vicino stesso trovi o possa trovare una violazione di un suo stato di possesso giuridico del fondo suo, vicino al fondo dove fu fatta la piantagione. Egli direbbe di possedere il fondo e con esso il diritto di distanza nella confinazione col vicino rapporto alle piante che questi abbia piantato in direzione della linea stessa di confine. Il fondo si possiede, sta bene, *cum omni sua qualitate;* ma il diritto ad avere le piantagioni del vicino ad una data distanza dal confine può ritenersi desso come una *qualitas* del fondo rispetto al quale e a favore del quale la distanza deve serbarsi? Questa distanza, se fosse osservata, qual pregio o qual funzione o quale utilità aggiungerebbe al fondo rispetto al quale e a favore del quale è stabilita? Nessuna certamente: non si tratterebbe che di rendere meno probabile il pericolo della immissione dei rami e delle radici, o, più esattamente, di renderlo meno forte. D'altra parte, l'adempimento delle distanze che cosa aggiunge alla utilità o al valore del fondo, rapporto al quale le distanze stesse sono adempite? Nulla in sostanza; poichè allontanare un pericolo significa conservare, non aumentare l'utilità economica, non aggiungere un nuovo pregio od una nuova *qualitas*, un nuovo contenuto di valore economico. Invece una servitù attiva costituisce una vera utilità economica del fondo cui spetta, come una servitù passiva ne rappresenta una diminuzione: ed in tal caso si comprende che si possa invocare il concetto della *qualitas*, la quale sembra compenetrarsi quasi col fondo corporalmente considerato nell'unità sua inscindibile in parti singole e integrata da tutti gli accessori che la compongono. Ma qui c'è bensì qualche cosa che si compenetra nel fondo passivo di limitazione per le distanze legali: ed è un modo di essere e di esplicarsi della proprietà; per il quale la proprietà include una quantità minore e meno piena di facoltà o di azione economica. Ma questo stato di limitazione non è proprio di un dato fondo, in certe determinate condizioni di vita e di esi-

Digitized by Google

stenza giuridica, sibbene di tutti i fondi per la sola circostanza, ch'è una necessità universale, di rendere possibile la contemporanea esistenza ed utilizzazione di fondi confinanti, i quali senza di ciò non potrebbero essere assoggettati ad un regime di contemperamento, ma bensì si troverebbero in balìa di una serie di sopraffazioni reciproche. Or, se questa delle limitazioni legali e necessarie è una condizione comune ed insita nel concetto stesso di proprietà, più o meno in tutti i tempi e in tutti i luoghi, chiaramente apparisce che non si tratta più di una *qualitas* di un dato fondo, incomunicabile ad altri fondi e costituente un requisito caratteristico del fondo stesso, specie di fronte ad un fondo vicino o confinante. Queste limitazioni tanto rientrano nel concetto di proprietà, da costituirne il sostrato ed il contenuto sostanziale: e però, siccome all'infuori di essa diritto di proprietà non potrebbe in modo alcuno concepirsi, è evidente che in essa non è incluso alcun concetto di possesso ancora, per quanto il possesso scaturisca necessariamente dal contenuto della proprietà. Ma non può dirsi che dal possesso proceda un tale stato di fatto e di diritto; sibbene esso trae dalla proprietà e refluisce al possesso come un rigagnolo che si diffonda nella zona adiacente, talchè indirettamente alla fine influisce su tutto quanto il rapporto che si ha o si può avere sullo stabile o fondo di cui trattasi, per goderne e usufruirne e trarne utilità economica conforme la sua natura e le sue attitudini produttive. Invece, per accordare delle azioni possessorie come tali specialmente riconosciute e dirette conviene supporre il possesso in una funzione distaccata ed autonoma dalle funzioni della proprietà e che siano relative al comportamento del possessore in quel caso determinato e non in altro caso, e non al modo di essere e di esercitarsi della proprietà in genere come tale, indipendentemente dal rapporto tutto speciale del possessore. Del resto, la piantagione, l'atto cioè del piantare, è funzione del diritto di proprietà e non del diritto di possesso; il possessore gode la piantagione dopo che è piantata, la coltiva in un dato modo anzichè in un altro; ma non la pianta. Le scorte vive del fondo appartengono al proprietario o da esso sono poste: al più sono cosa dell'utilista, quante volte si tratti di enfiteusi

Digitized by Google

e si debba ricorrere alla figura tutta speciale e caratteristica dei miglioramenti fatti da persona diversa dal proprietario *pleno iure*.

Ma, o proprietario *pleno iure* o domino utile sia quegli che faccia i miglioramenti, questi non hanno nulla che sia di competenza del possessore semplice; e il possessore ne gode e non fa altro che goderne dopo di essersela intesa col proprietario per il compenso da corrispondere a costui pel godimento del fondo sul quale i bonificamenti si sono compiuti con aumento evidente di valore del fondo stesso. Ora come si può battezzare azione possessoria un'azione che è diretta a crescere o diminuire la quantità e l'intensità del contenuto di un fondo quanto alla proprietà; solo perchè di riflesso il possessore ne trae giovamento? La conseguenza potrà essa assorgere all'importanza di movente? Sarebbe questo errore grave quanto mai e produrrebbe uno spostamento deplorevole di concetti e di vedute giuridiche: mentre appunto il segreto di questi studi teorici e pratici sulle servitù consiste nel tenere ogni cosa a posto e non aggiungere da una parte per togliere dall'altra, come sarebbe necessario per mantenere l'equilibrio obbiettivo del tutto. Le azioni possessorie stiano dunque nella loro vera sede, cioè quando si tratta di garantire e salvaguardare da turbative uno stato di fatto che corrisponda alla proprietà così come questa è limitata od estesa, dal punto di vista delle piantagioni e di tuttociò che è o può essere in essa. Naturalmente, il possesso non potrà non risentire di una restrizione o di un allargamento del contenuto della proprietà: e questo è appunto ciò che nella pratica soventi volte trae in inganno circa la competenza del possesso di fronte alla spettanza della proprietà. E per risolvere i dubbi non conviene fermarsi alla corteccia, ma è d'uopo procedere oltre e preoccuparsi ben seriamente della struttura e del possesso e della proprietà nonchè dei rapporti giuridici tra l'uno e l'altra. Nelle servitù si può fare questione senza dubbio di quasi-possesso, ma dopo averne assicurato e constatato il contenuto, diremo così, petitorio: e nel contenuto petitorio della proprietà si deve tener conto anche dei limiti legali al suo esercizio, poichè l'esercizio dev'esserne connesso ed omogeneo al contenuto del diritto che si esercita.

Digitized by Google

Quando poi si tratta di limiti necessari o legali della proprietà e non s'invade neppure il campo delle servitù, un tal caso non può neppure alla lontana emanciparsi dal campo petitorio, poichè limiti non esisterebbero senza diritto limitato e diritto limitato (quale quello di proprietà, come tutti gli altri) non esisterebbe nè potrebbe nemmeno concepirsi senza limiti, e senza quei dati limiti soprattutto che dalla legge sono riconosciuti necessari per l'esplicazione sociale di vari diritti della specie medesima. Del resto, se si potesse in via possessoria ridurre al pristino stato la piantagione del vicino dappresso al confine, poi non vi sarebbe più motivo di sorta di esercitare l'azione petitoria per dirigerla allo stesso scopo al quale si è già mirato con la possessoria: e in questo caso il limite diventerebbe, non già limite della proprietà, ma limite del semplice possesso. Il che è assurdo, nientemeno che assurdo. Stabilito lo stato di fatto della proprietà in modo rispondente al funzionamento dei limiti, allora ma allora soltanto per ragion logica di procedimento si può accordare l'azione possessoria per eliminare le turbative e gli ostacoli pratici che venissero a sorgere o già fossero sorti per l'esercizio del possesso di un tal diritto di proprietà così circoscritto o del diritto di proprietà del vicino a cui favore la limitazione fu imposta. Per esercitarsi il possessorio, conviene che già la limitazione sia consolidata e che intorno ad essa non si faccia più questione, bensì si disturbi il possesso della proprietà o del diritto frazionario di proprietà che a quella limitazione medesima si riconnette e di essa forma l'adempimento. Molte volte tuttavia basterà che il riconoscimento dei limiti resulti dal diritto petitorio e dall'azione petitoria; perchè, quando fosse riconosciuto in sede petitoria che una piantagione non può mantenersi in un determinato luogo senza violare il rapporto di vicinanza e le modalità che la legge ha assegnato a questo rapporto, naturalmente la piantagione si sposta più indietro e questa si possiede come si possiede ogni zolla di terreno e ogni vegetale di soprassuolo. Dall'altra parte, si possiede questo stato di distanza, nel senso che si ha diritto a risentire tutto il vantaggio che la legge ha inteso accordare per la distanza stessa a chi ne usufruisce nei rapporti col proprio vicino: è questo un pos-

Digitized by Google

sesso o quasi-possesso, che rimane assorbito col possesso del fondo proprio, dei confini del fondo, della facoltà di utilizzare il fondo stesso; un possesso che in circostanze ordinarie non si avverte, poichè il rapporto nel suo complesso apparisce piuttosto come una forma di limitazione che come una specie o una modalità di aumento del valore. E infatti che aumenti il valore di un dato fondo non può dirsi, perchè allora dovrebbe dirsi più esattamente che aumenti il valore di tutti i fondi, essendo questa prescrizione legale delle distanze così a beneficio come a danno di tutti quanti i fondi, considerati nel rispettivo speciale rapporto di vicinanza o di confinazione. Senza una tale limitazione per via delle distanze può dirsi a ragione che il diritto stesso di proprietà, in una posizione veramente giuridica, non si potrebbe presentare e non potrebbe certamente esistere nei rapporti sociali; o altrimenti il primo ad invadere con piantagioni una zona del proprio fondo troppo adiacente al confine col vicino potrebbe disturbare il vicino stesso nell'esercizio della sua proprietà dalla parte appunto di quel confine. La lotta, anche se rispettasse la priorità della piantagione e della utilizzazione, non potrebbe più considerarsi come una lotta giuridica e conforme agli interessi bene intesi della convivenza sociale: l'ordine dei diritti patrimoniali e l'ordine stesso sociale ne rimarrebbero turbati profondamente.

23. Non è fuor di proposito esaminare che cosa disponesse il diritto romano sul tema delle piantagioni. Prima di tutto è d'uopo richiamare i principî generali sulla *plantatio*. Nelle *Instit. giust.*, al lib. 2, tit. 1 (*de rerum divisione*), nei §§ 31 e 32 si può affermare il principio che quanto è piantato o seminato in un fondo appartiene al proprietario del fondo stesso, appena vi abbia posto radice o cominciato a far germoglio. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit: et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices egerit eius permanet, cuius et fuerat. Adeo autem, ex quo radices egit planta, proprietas eius commutatur; ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem*

Digitized by Google

dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantae quae terrae coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. E GAIO, in un frammento *Rerum cottidianarum* riportato nel Digesto come l. 7, lib. 41, tit. 1°, al § 13, scrive: *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit; ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet cuius et fuit. His conveniens est, quodsi vicini arbores ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem; rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cuius fundo radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est.* E nel fr. 9 pr. ibid.: *qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur.* Dal che si vede come i compilatori delle *Inst. giust.* abbiano tolto da GAIO e i concetti e persino le parole. Ma anche PAOLO nei commenti sabiniani (L. 26, § 2, Dig., *eod.*) sostiene: *arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.* Da questi principî generali si possono trarre diverse conseguenze interessantissime anche pel nostro caso speciale delle distanze legali, che i Romani pur conoscevano, come abbiamo visto, pel tramite della regola soloniana; ma di principî generali ve ne sono anche altri, connessi o dipendenti da quelli sopra indicati e che completano la posizione giuridica delle piantagioni. Gli alberi che germogliano in un fondo appartengono al proprietario del fondo stesso e di questo formano parte integrante: *arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo.* Così POMPONIO nella l. 40, Dig. 29, 1. E, dopo avere sia pure per un istante germogliato nel fondo, questi alberi hanno cambiato per tutto la natura loro in confronto di quella anteriore al germoglio, nè ritor-

Digitized by Google

nano più alla condizione giuridica anteriore al germoglio stesso e quindi non ritornano all'antico proprietario neppure sotto forma di legname nè di prodotto fruttifero, qualora l'albero sia violentemente reciso o muoia oppure qualora i frutti siano distaccati da una pianta tuttora vivente che li produce. Nel lib. 41, tit. 1°, Dig., è riportato come fr. 26, al § 2, un passo dei libri sabiniani di PAOLO, nel quale questi principî sono fissati con chiarezza mirabile: *Arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.* Poi vengono, come vere e proprie conseguenze di questi principî, le risoluzioni relative agli alberi di confine, contenute in due diverse figurazioni di casi pratici. Se un albero cresce al confine tra due fondi e le sue radici si nutrono in entrambi i fondi, esso diventa comune: MARCIANO (L. 8, Dig. 41, 1), GAIO (*ibid.*, l. 7, § 13) e le *Instit. giustinianee* (II, 1, § 31) sono in ciò perfettamente d'accordo. MARCIANO nelle sue *Instituzioni* dice: *si in confinio lapis nascatur, et sunt pro indiviso communia praedia, tunc erit lapis pro indiviso communis, si terra exemtus sit.* Che se l'albero dal fondo dove è cresciuto non fa che estendere le sue radici sul fondo vicino, esso appartiene tutto al proprietario del fondo dove è cresciuto, ma il vicino non è obbligato a tollerarne le radici, come dice POMPONIO nei libri sabiniani (L. 6, § 2, Dig. 47, 7): *si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei ius, sicuti tignum aut protectum, immissum habere; si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est in cuius fundo origo eius fuerit.* Balza fuori evidente qui il confronto dell'invasione delle radici paragonata a quella del *tignum* o del *protectum;* per cui, come il *tignum* e come il *protectum*, la radice costituirebbe un'immissione (*immissum*) da trattarsi colle regole generali che sono comuni a tutti i rapporti di questa specie e che si possono riassumere in un divieto fondamentale estensibile a tutte quante le forme di violazione del diritto di proprietà del vicino sul cui terreno l'*immissum* ha luogo o per gli spazi aerei o entro pareti di muro edificato o nelle zone del sottosuolo. L'*immissum* è

Digitized by Google

sempre un vero attentato al diritto di proprietà del vicino, anche se si forma o produce a mezzo di radici che lentamente per quanto nascostamente si spingono innanzi e si inoltrano da un fondo all'altro, costituendo alla fine non più un semplice pericolo, ma un danno. Il pericolo resta tale e non assume ancora l'importanza del danno, fino a che non vi è effettiva invasione delle radici, ma soltanto violazione della distanza prescritta dalla legge e non cambiata per convenzione di parte.

Evidentemente, la stessa ragione che si adduce a divietare il *tignum* e il *protectum* serve ancora per proibire lo sporgere delle radici le quali sono in sostanza come un *protectum* sotterraneo perfettamente parallelo e paragonabile al *protectum* che è sopra terra e che si esplica per gli strati aerei; ed anche finchè vi è un semplice pericolo non deve mancare il soccorso della legge. Ma la disposizione relativa alle distanze si completa appunto con questi principî generali sugli *arbores* di confine e sugli *immissa* che da quelli partono o sono partiti o stanno per partire; la distanza è come a dire la sanzione del pericolo ordinata allo scopo di evitare che quel pericolo diventi danno ed è non meno provvida, non meno ragionevole di qualsiasi sanzione repressiva. E le sanzioni preventive e le repressive si completano tra di loro e si completano rispettivamente coi principî generali del diritto relativo a questa materia, per formare insieme un tutto inscindibile e concorrente ad una sola finalità giuridica ed economica. E l'espressione usata per dichiarare che la invasione delle radici è un *immissum* vero e proprio è così assoluta da non lasciare il campo a dubbio di sorta sull'intenzione dei giureconsulti che l'usarono; quantunque questi giureconsulti non abbiano avuto occasione di fondare in proposito una casistica, e ciò appunto perchè l'applicazione dei principî presentavasi di una facilità straordinaria e controversie non sembravano sorgere nè sotto uno nè sotto altro aspetto o lato della pratica giuridica. Una controversia poteva sorgere sul serio, anche per diritto romano: quella cioè dell'acquisto a titolo di prescrizione del diritto d'immettere radici, tenendo le piante ad una grande vicinanza verso la linea del confine; ma un tal quesito circa l'efficacia del

Digitized by Google

lungo possesso non è stato posto in diritto romano. E per verità la lunga consuetudine, la lunga osservanza nei rapporti tra privati poteva e doveva essere argomento non indifferente per diritto romano, in cui a queste consuetudini ed osservanze non di rado ispiravansi in definitiva gli stessi responsi dei giureconsulti, i quali, uniformandovisi, avevano la quasi certezza di cadere nel segno e di evitare delle soluzioni insufficienti per sovrabbondanza di motivazione teorica sulle vere ragioni pratiche di decidere. Del resto, se il rapporto si va a misurare nella sua entità, finchè l'*immissum* è allo stato di pericolo e non allo stato di fatto avverato o di danno, l'entità sua non è poi tale da portare una diminuzione molto sensibile al valore del fondo al quale è imposta la limitazione della distanza nelle piantagioni: potevano pure esservi altri rapporti, anche per semplice pericolo, sulla linea del confine, di maggiore importanza e più degni di essere accuratamente disciplinati. D'altra parte, la storia dello svolgimento del diritto romano ci presenta ben altri rapporti come tipici nelle condizioni di vicinanza dei fondi: quello *de glande legenda*, quello di altri *immissa* diversi dall'*immissum* delle radici e quello soprattutto della protensione dei rami. Attorno a questi rapporti si poteva aggirare tutta quanta la serie dei rapporti derivanti dalla situazione delle piante e dallo sviluppo loro; talchè la stessa disposizione soloniana delle distanze, per quanto anticamente ricevuta nella legislazione o per lo meno nella pratica della vita giuridica romana, anche per il modo come il giureconsulto la riferisce, figura piuttosto come, diremo quasi, un articolo di importazione al quale non si dovesse dare l'importanza di una regola dovuta all'intimo sviluppo ed evoluzione della vita e dei rapporti patrimoniali in Roma; e ciò malgrado tutto il rispetto professato dagli scrittori stessi del diritto per le istituzioni della vita greca e per le leggi dei legislatori più famosi di quella regione che senza dubbio fu maestra di civiltà come di corruzione ai Romani. In molti aspetti della produzione legislativa di Grecia s'incontra una sensibile tendenza alla regolamentazione; la quale era tanto più facile e poteva esplicarsi tanto più minuziosamente, inquantochè il territorio pel quale poteva avere azione era un territorio

Digitized by Google

relativamente di poca superficie ossia poco esteso. Lo Stato di Atene e quello di Sparta potevano infatti regolarsi con disposizioni che presso a poco equivalgono ai moderni regolamenti provinciali; ed il legislatore dello Stato, trovandosi proprio sul luogo e a contatto cogli usi, consuetudini e bisogni particolari dei luoghi stessi, poteva abbastanza agevolmente provvedere ad un tempo e con uno stesso ordine di disposizioni vuoi ai bisogni d'indole generale, vuoi ai bisogni particolari di una determinata regione o di un determinato luogo.

I rapporti giuridici, in ogni legislazione, si caratterizzano più giustamente nel loro periodo di movimento o di contrasto che non nel loro periodo di stasi e d'immobilità. Importanti sono perciò in proposito le disposizioni del tit. 27, lib. 43, Dig.: *de arboribus caedendis*, in due frammenti, dei quali l'uno è dovuto ai libri edittali di ULPIANO e l'altro ai libri sabiniani di POMPONIO. L'editto pretorio portava: *quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto; quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coërceas, tunc quo minus illi ita coërcere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* ULPIANO nota che questo interdetto ha indole proibitoria e che sotto l'appellazione di albero si comprende anche la vite; che l'usufruttuario stesso può servirsi dell'interdetto, *quia et ipsius interest arborem istam non impendere*, e se ne possono giovare i comunisti sia *uti singuli* come *in solidum*. Ma se un albero sovrasta alle case altrui, il pretore comanderà che sia tolta di mezzo tutta la pianta, ovvero soltanto la parte della pianta che sovrasta alla casa? RUTILIO fu d'avviso che la estirpazione si dovesse estendere alla radice e LABEONE ritenne che, se il padrone della pianta non si rassegnasse ad estirparla da sè, avesse facoltà di farlo colui che era danneggiato dalla presenza della pianta appropriandosene per soprappiù il legname. In una parola il proprietario dell'albero ha per primo l'*adimendi facultas*, non il dovere giuridico propriamente (poichè *nemo ad factum cogi potest*); che se il proprietario di questa *facultas* non intende approfittare, allora *vicino*

Digitized by Google

prohibetur vim fieri adimere volenti. Due sono pertanto i casi previsti dall'editto, secondochè vale a dire i rami sovrastano ad una casa o ad un fondo; poichè, nel caso che l'albero sovrasti ad una casa, il precetto è di tagliarlo completamente; che se sovrasta ad un campo, va reciso per la parte di esso che sviluppa oltre i quindici piedi da terra. La qual cosa armonizza con le leggi delle dodici tavole. Ma POMPONIO ci dice: *si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere.* Dunque la procedura in questo caso, senza distinzione tra fondo urbano e fondo rustico, con salvezza però della differenza tra l'un caso e l'altro consistente nell'eliminare l'albero del tutto oppure nel tagliarlo al disopra dei quindici piedi, è un poco complicata.

Il danneggiato per la soverchia ed illegale sporgenza dell'albero deve anzitutto agire contro il proprietario dell'albero stesso coll'azione *de adimenda vel coërcenda arbore* quale conseguenza della dichiarazione *ius non esse ita arborem habere.* E, stabilito o deciso che il giudice abbia doversi *adimere vel coërcere arborem, quem ius non est ita habere,* viene subito in campo la parte esecutiva. Se l'avversario non intende *adimere arborem* nel termine assegnatogli dal giudice, conviene dare all'avente diritto il mezzo di farlo da sè. E il rimedio quale è? L'*adimendi facultas* del proprietario dell'albero si traduce e si risolve nella *permissio adimendi vel succidendi* a seconda dei casi, accordata *ei cui arbor officeret.* Qui però sorge la domanda se questa *permissio* sia accordata senz'altro *ope legis,* ovvero se occorra intervento del giudice il quale, *causa cognita,* pronunci nel caso determinato accordando un tal modo di scioglimento della vertenza tra le parti. Di questa *permissio* noi non abbiamo nell'editto fuorchè la semplice enunciativa e solo possiamo rilevarne la natura dal tenore dell'interdetto *de arboribus caedendis* che il pretore ha per tal caso accordato. L'interdetto consiste tutto nella formola *vim fieri veto quo minus liceat illi eam arborem adimere sibique habere, psi er te stat quo minus eam adimas,* oppure nell'altra *vim fieri veto quo minus liceat coërcere arborem altius pedes*

Digitized by Google

quindecim a terra lignaque sibi habere, si per te stat quo minus pedes quindecim a terra eam altius coërceas. Il presupposto di questo interdetto proibitorio è dunque duplice: primo che dipenda dal proprietario dell'albero esclusivamente il *non adimere* o *coërcere arborem* a seconda dei casi; secondo che si faccia o si minacci violenza al vicino danneggiato dalla presenza o dall'altezza dell'albero stesso, allorchè egli *adimit* o *coërcet* o si accinge ad *adimere* o a *coërcere* quell'albero conforme la *permissio* che egli ha di farlo. Altri presupposti non ve ne sono: nè si dice che l'interessato debba avere licenza o permissione dal giudice di *adimere* o di *coërcere;* nè che debba, pria di accingersi all'*ademtio* o alla *coërcitio*, rivolgere all'altra parte un' interpellanza o una diffida speciale, una specie di *ultimatum* con la manifestazione della propria volontà di fare da sè ciò che l'altro, malgrado l'invito o la condanna del giudice, non intende di fare bonariamente.

Senza dubbio, perchè si possa constatare che dipenda esclusivamente dal proprietario dell'albero in non poterlo *adimere* o *coërcere* secondo le disposizioni della legge, conviene che al proprietario stesso sia ordinato dal giudice di mettersi in regola, in seguito a regolare *actio de adimenda vel de coërcenda arbore* promossa dall'interessato. Quest'ordine naturalmente porterà la prefissione di un termine perentorio; oltre il quale, siccome *dies interpellat pro homine*, cominci senz'altro il diritto all'*ademtio* o alla *coërcitio* nel vicino danneggiato dall'*impensio arboris* oppure minacciato di danno per causa dell'*impensio* stessa. E questo diritto all'*ademtio* sorgerà *de iure*, senza autorizzazione speciale del giudice, nè contenuta nella primitiva intimazione o condanna al proprietario della pianta in seguito all'*actio de adimenda aut coërcenda arbore*, nè risultante da una posteriore condanna apposita dopo constatata la persistente contravvenzione e la recente inadempienza da parte del convenuto. Verificati i presupposti di fatto sopra indicati, altro non occorre per ricorrere al rimedio accordato dalla legge di *adimere* o *coërcere arborem* per propria autorità; il rimedio è implicito e immancabile e il pretore ne tutela l'esercizio coll'accordare l'interdetto proibitorio a chiunque vuole im-

Digitized by Google

pedire questa forma di esecuzione della regola delle distanze legali. Questa è la genesi e la costruzione logica della procedura giuridica tutta quanta ch'è data a tutela della distanza; ed è sapiente e prudentissimo disegno non obbligare di tornar dinanzi al giudice fino a che l'affare può sistemarsi in forza della prima risoluzione per le facoltà che questa stessa risoluzione accorda alla parte in cui favore si emanò. Del resto, la medesima economia di procedimento è riconosciuta nella nostra legislazione in ordine alle radici, ma non in ordine ai rami, relativamente ai quali l'urgenza del provvedimento è minore e pei quali, nel silenzio eloquente della legge, comunque suonino le disposizioni romane, è giuocoforza venire alla conclusione opposta a quella che abbiamo preso in ordine alle radici.

In diritto romano invece l'invasione delle radici era tutta una cosa di secondaria importanza di fronte all'invasione dei rami, dal punto di vista del danno che si considerava recasse o potesse recare al vicino nel quale l'invasione stessa aveva luogo; tanto vero che il legislatore si preoccupava piuttosto di prendere dei provvedimenti a danno del vicino che recidesse le radici invadenti. *Si arbor* (così POMPONIO nei libri sabiniani, riportato come l. 6, § 2, Dig. 47, 7) *in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei ius, sicuti tignum, aut protectum immissum habere.* Evidentemente, lo stesso confronto che fa POMPONIO delle *radices* coll'*immissio tigni aut protecti* si potrebbe applicare ai rami, specie se il concetto del *protectum* si vuol considerare in un modo alquanto diverso da quello della *iunctio tigni* che è qualcosa di più di una semplice *immissio tigni;* poichè non si può negare che il ramo d'albero sporgente sul fondo del vicino non solo possa, ma debba essere sottoposto alla disciplina del *protectum.* Ma intanto il responso di POMPONIO, accettato come soddisfacente nella redazione giustinianea, porta all'esercizio dell'azione negatoria (*non esse ei ius radices immissas habere*) contro il proprietario dell'albero le cui radici si espandono soverchiamente e dannosamente con invasione del sottosuolo del vicino, quasi come si trattasse di negare l'esplicazione di una pretesa servitù.

Digitized by Google

In pratica però questa costruzione, che dal punto di vista del rapporto di servitù poteva avere la sua giustificazione, non doveva mancare d'inconvenienti, per la grande facilità in cui il vicino invaso dalle radici trovavasi di estirpare le radici stesse nella parte costituente l'invasione, senza che il proprietario dell'albero se ne potesse accorgere a causa dell'impedimento fattogli di penetrare nel fondo del vicino sol per vedere o constatare se ivi si fossero inoltrate le radici delle sue piante e se il vicino le avesse tagliate contro la disposizione della legge: poichè intanto la sola possibilità di esser costretto a confessare che le proprie radici abbiano invaso il fondo del vicino, e a confessarlo per la prova dei fatti, non deve essere nè troppo lusinghiera nè troppo conveniente all'interesse del proprietario delle piante al quale quelle radici appartengono. In realtà, il più delle volte accadrà che il proprietario del fondo sul quale le radici degli alberi del vicino si estenderanno abusivamente, troverà molto comodo di non ricorrere all'azione negatoria accordatagli da Pomponio, e, anche a costo di violare la legge e di esporsi alle recriminazioni del vicino nella stessa sede giudiziaria, di estirpare da sè le radici stesse, con novanta probabilità su cento che nessuno e neppure il vicino si accorga di nulla; potendosi alla bell'e presto ricoprire e riempire il sottosuolo in cui siasi effettuato il lavoro agricolo grazie al quale si ebbe il taglio delle radici o nel quale anche all'infuori di ogni lavoro il taglio stesso siasi effettuato per affermare il proprio diritto esclusivo sul sottosuolo oppure coll'idea di resistere agli abusi del vicino. Ma la conclusione dell'*actio negatoria*, il suo ultimo esito non è che il risarcimento dei danni e nulla di più: quindi il proibire l'estirpazione delle radici al danneggiato per la loro invasione significa in ultima analisi conferire a chiunque il diritto d'invadere colle proprie radici il fondo del vicino, solo compensando il danno che al vicino stesso cagiona o può cagionare. Di qui si discerne quanta sia la differenza tra il sistema nostro e il romano e come il nostro non possa certamente ritenersi meno buono dell'antico. Ma, lo ripetiamo ancora una volta, anche col sistema legislativo romano era possibile esercitare il diritto di proprietà sul proprio fondo mercè l'estirpazione delle ra-

Digitized by Google

dici altrui senza che nè il vicino interessato nè altri potesse accorgersi della cosa e reclamare l'adempimento delle relative disposizioni legislative, le quali erano destinate pertanto a rimanere lettera morta e prive di efficacia pratica per questo riguardo.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

SERVITÙ DI SPORTO

Sporto o sporgenza è tuttociò che invade gli spazi aerei sovrastanti ad un fondo e che però lede il diritto di proprietà nelle sue virtuali esplicazioni *usque ad superos* ed anche per le molestie che dalle ombre, dalle sgocciature, dalla caduta di frutta o di foglie ovvero da altre cause accidentali possono derivare ed esplicarsi sulla superficie del terreno confinante in cui la sporgenza s'inoltra. Se però una servitù di sporto realmente esiste, il fatto non deve considerarsi come limitato al semplice danno di ombra, di gocciatura o di caduta di foglie o di frutta, e quindi solo nei momenti in cui avvengono simili inconvenienti e ad intervalli; si deve trattare d'una lesione permanente e continua, più che all'esercizio del diritto di proprietà, al contenuto reale ed anche potenziale del diritto stesso secondo le facoltà che vi sono connesse e che, se anche attualmente non si esplicano, possono benissimo esplicarsi per l'avvenire sotto una od altra forma oppure anche rimanere sempre allo stato potenziale. Poichè la lesione consiste appunto nella eliminazione di questa possibilità di esercitare il diritto di proprietà e non già della realtà dell'esercizio stesso di cui non si può fissare un istante che importi un contenuto tipico o maggiore di tutti gli altri istanti; essendo svariatissime le modalità dell'esercizio giuridicamente possibile di un diritto di proprietà su di una cosa immobile. E il proprietario in tal caso non si lagna già di un danno immediato, effettivo

Digitized by Google

e presente ch'egli abbia subìto nel corpo, cioè nella parte corporea e materiale del suo fondo, ma dell'impedimento che è posto a questa sua possibilità di svariato esercizio e che si può da un momento all'altro (quando cioè egli intenda approfittare della pienezza delle facoltà del proprietario sulla cosa propria) tradurre in un danno reale e positivo, e ad ogni modo fin dapprincipio costituisce una causa di deprezziamento del fondo stesso specialmente dal punto di vista commerciale.

Questo è il lato del rapporto giuridico che più ci deve interessare; in quanto appunto alla diminuita possibilità, e talvolta anche alla impedita possibilità o alla resa più difficile possibilità di un dato esercizio del diritto del proprietario sulla cosa debbono corrispondere i provvedimenti opportuni per garantire appunto questa possibilità e per renderne salvo e impregiudicato l'esercizio dell'avvenire. Come peraltro altra volta è stato accennato, in simili materie non manca il pericolo di esagerare nel senso di aumentare a dismisura queste lesioni o questi pericoli, creando per la proprietà delle esplicazioni immaginarie e di una espansione mirabolante. Chi per esempio dicesse che la navigazione aerea costituisce un attentato alla proprietà *usque ad superos* del proprietario del fondo sottostante o dei proprietari dei fondi sottostanti alla zona dove si naviga direbbe cosa assolutamente inesatta e falsa per eccesso di esagerazione, anche perchè in tal caso mancherebbe ogni *animus* diretto a menomare i diritti di proprietà sulla colonna d'aria *usque ad superos*. Del resto riguardo a questo diritto di proprietà *usque ad superos* è bene intendersi subito.

L'aria, lo spazio aereo non è oggetto suscettibile di proprietà vera, ma bensì di occupazione (e infatti gli spazi si occupano, non si posseggono) o di appropriazione come l'acqua; e nell'occupazione o nell'appropriazione naturalmente il proprietario del fondo sottoposto a quello spazio ha una specie di diritto prelativo, per la semplice quanto convincente ragione che lo spazio aereo non può essere utilizzato (a parte la navigazione aerea) se non con un punto d'appoggio nel suolo sottoposto. Or questo punto d'appoggio dev'essere in linea retta, appunto perchè non si ledano i diritti simili dei

Digitized by Google

confinanti; talchè, quando ha luogo in linea obliqua (mediante l'invasione di rami o di legni o di opere murarie), è violato il diritto di preferenza permanente che spetta al proprietario del fondo sottostante. Che se pure, sofisticando sul contenuto del diritto di proprietà, si volesse escludere questo diritto di preferenza permanente, ma si volesse ammettere un solo diritto di prevenzione o di preferenza in ragione di tempo (aggiungendo gli altri inconvenienti che derivano dai danni immediati per le ombre, per le gocciature, per la caduta di frutta o di foglie), si avrebbe più del necessario per pretendere che al proprietario sottostante sia accordato un diritto di escludere il vicino dal godimento dei soprastanti spazi aerei. S'intende che coloro, i quali o nel cuor loro o in teoria apertamente professata pretendono che la proprietà sia un furto, debbono essere molto restii ad ammettere anche nel campo della pratica questo diritto, risulti esso di prelazione, di prevenzione o di esclusione completa dei vicini nell'esercizio di occupazioni o di espansioni negli spazi sovrastanti; ma di cotali non il giurista, bensì l'alienista dovrebbe preoccuparsi. La natura di questo diritto inibitorio che si può adoperare contro il vicino è identica alla natura di qualsivoglia facoltà che costituisca l'esplicazione del diritto del proprietario sulle cose ed è consentanea alla natura della proprietà stessa, inquantochè ne rafferma, anche prima che il pericolo si traduca in danno, e il contenuto esclusivo e la pienezza dei movimenti.

Quanto al contenuto, esso nello sporto non è molto diverso, anzi può dirsi della stessa categoria, anche quì, di quello dello *immissum* in generale. Si comprende come tuttociò che sporge nello spazio soprastante ad un fondo è immesso in questo spazio e vi è immesso tanto arbitrariamente da molestare l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo sottostante, non meno di un *immissum* sotterraneo che importi protensione di radici da fondo a fondo; la qual cosa appunto si deve evitare, quando non siavi una convenzione od una legge che la permetta. Nè si può mettere in dubbio che di vera e propria servitù prediale si tratti, allorchè questo rapporto d'immissione, esplicato sotto la specie di sporto o di sporgenza, diventa permanente e quasi consolidato con la

Digitized by Google

proprietà da cui lo sporto parte e con la proprietà in cui lo sporto s'avanza. Vi è la causa perpetua e la limitazione virtuale all'esercizio od esplicazione del diritto di proprietà *usque ad superos*, vi è lesione ed incomodo anche a prescindere da questo; quella lesione e quell' incomodo che di per sè però non sarebbe sufficiente a determinare la presenza d'una servitù, se non si trattasse di un impedimento materiale e diretto al contenuto della proprietà del fondo su cui ha luogo la sporgenza. Nè si può escludere che il proprietario volesse esercitare quegli atti il cui esercizio verrebbe a cozzare collo stato di fatto inaugurato dallo sporto o sporgenza; si è detto e si ripete che questo impedimento o danno, anche soltanto allo stato potenziale, costituisce una diminuzione di contenuto nel diritto di proprietà che da esso è colpito o intaccato. È presso a poco lo stesso di quanto accade nell'immissione di radici ad una profondità considerevole del sottosuolo. Si può verificare per una lunga serie di anni che una simile immissione non danneggi per nulla il fondo nel quale avviene, specialmente tenuto conto della sua profondità inaccessibile ai lavori necessari per quella specie di coltura che si adatta al fondo, sul sottosuolo del quale l'immissione delle radici avviene. Ma non per questo può dirsi, anche se il proprietario del fondo invaso dalle radici non siasi accorto di una simile invasione, che quelle radici siano lì regolarmente e debbano mantenervisi senza difficoltà; se pure non interviene, in quanto può valere, la prescrizione acquisitiva di una servitù contraria *protegendi* o di sporgere o di penetrare con le radici nel sottosuolo altrui, o comunque di compiere atti contrari al rispetto del diritto di proprietà del vicino.

Se non si dovesse tener conto di queste immissioni, molto meno si dovrebbe tener conto della finestra o veduta aperta sul fondo del vicino e per la quale si possono osservare minutamente tutti i fatti del vicino stesso; neppure in questo caso vi ha un contenuto palpabile o materiale, ma tuttavia non si nega nè si può negare che nel fatto siavi materia o contenuto di servitù, qualora della servitù concorrano i requisiti fondamentali. Lo sguardo indiscreto spinto nel fondo del vicino non toglie al vicino stesso nè una zolla di terra,

Digitized by Google

nè un mattone di muro, nè un pomo del frutteto, nè un raggio di sole, nè una corrente d'aria, nè una parte di prospetto; ma pure chi non sa di quanto danno impalpabile, di quanto depreziamento effettivo per diminuzione dei comodi attinenti al diritto di proprietà può essere fonte una luce abusiva aperta sul fondo confinante? Ora da un danno immateriale, impalpabile, che può anche apparire sotto forma di pericolo per una condizione di cose più grave e maggiormente intollerabile (p. e. getto di rifiuti dalla finestra o veduta aperta sul fondo sottostante), sorge indubbiamente un rapporto che tutti sono d'accordo nel ritenere rapporto di servitù e come intaccante a causa perpetua l'integrità della proprietà sul fondo vicino. D'altro canto, nella nostra ipotesi si ha qualche cosa di più materiale: si ha addirittura la penetrazione, la sporgenza di qualche cosa di solido da fondo a fondo, si ha un vero e proprio *immissum*, quantunque senza incorporazione materiale. Come dunque si potrebbe disconoscere nel caso nostro l'esistenza di un vero rapporto di servitù, per cui la proprietà di uno dei fondi vicini diminuisce e cresce la proprietà dell'altro fondo, dal punto di vista quantitativo o del contenuto? Sarebbe un modo ben troppo grossolano di percepire i rapporti giuridici e la possibilità di essi nella posizione di vicinanza; e si avrebbero allora delle costruzioni tutt'altro che giuridiche accanto a delle esclusioni assolutamente anti-giuridiche.

Digitized by Google

CAPO I.

Sporto per sviluppo vegetativo.

24. Diritto di fare avanzare i rami degli alberi nello spazio sovrastante allo stabile del vicino. — 25. Se questa servitù risulti implicitamente da una deroga contrattuale, parziale o completa, al sistema delle distanze legali delle piantagioni dalla linea di confine. — 26. *Quid* nel caso di contrasto successivo immediato coi diritti del proprietario vicino consenziente alla deroga contrattuale.

24. Qui ci occupiamo di un diritto contrario a quello dell'osservanza di misure legali tra la piantagione di uno dei vicini e il confine del fondo. Questa è una servitù contrapposta non già ad altra servitù, ma ad una modalità che la legge stessa prefigge all'esercizio del diritto di proprietà sul fondo dove la piantagione sorge: contrapposta insomma alla legge. Già si disse che la legge, non contenendo una disposizione d'ordine pubblico, può benissimo essere sottoposta a deroga per volontà di parte, anzi delle due parti, sia a titolo oneroso come a titolo gratuito e per semplice officiosità di vicinanza. Se si tratta d'una semplice officiosità o favore tra vicini, è più agevole supporre una tolleranza precaria, anzichè uno stato di fatto consacrato da un titolo scritto dal quale sorga un diritto od un'azione. Che se si tratta di vero e proprio diritto, munito della corrispondente azione per l'adempimento, è assai più naturale far l'ipotesi del corrispettivo economico; e quest'ipotesi appunto è tipica nel senso che ci dà modo di occuparci dell'esistenza e dello svolgimento pratico di un diritto vero e proprio, fornito delle sanzioni tutte che la legge può accordare ad un diritto. Il corrispettivo economico di cui si tratta poi, come è evidente, può consistere tanto in una somma di danaro, quanto in un servizio, quanto ancora in una servitù della stessa specie o di specie diversa. Che poi si tratti nel caso d'una servitù in forza di uno stato di fatto ordinato a causa perpetua o destinazione perenne, lo si può desumere dall'ufficio al quale questa pianta è destinata nel luogo ove sorge e per lo sviluppo che ad essa è dato.

Si può trattare di un lungo filare d'alberi d'alto fusto, che sia stato stabilito a scopo di dilettazione, per ombreggiare

Digitized by Google

un viale, per servire di sfondo ad una casa, per abbellire vivacemente una linea di confine, per segnare forse anche questa linea, secondo consuetudini locali inveterate, dei latifondi finitimi a piccole proprietà o ad altri latifondi. Può essere anche l'effetto d'una destinazione economica propriamente detta, e cioè della ricerca di un'utilità che aumenti il valore capitale o la produttività del fondo; poichè, giusta quanto risulta dalla l. 7, § 12, Dig. 24, 3, gli alberi di alto fusto in sostanza si reputano come facienti parte del fondo sul quale si trovano e si sviluppano.

In un piccolo fondo, dove lo spazio non abbonda neppure per la coltivazione, il tenere una piantagione di confine ad una distanza minore di quella prescritta dalla legge, oppure sulla linea stessa del confine, ma in una linea sita matematicamente al di quà del confine stesso, può anche rappresentare un ottimo espediente per economia di spazio, ossia per adibire altro spazio ancora agli uffici della coltivazione. Or come si può mettere in dubbio che in ciascuno di questi casi venga ad accennarsi ad una sistemazione di durata permanente e la cui cessazione non possa determinarsi al momento in cui comincia? Certamente, quando il rapporto si statuisce, come accade in tutti i rapporti di destinazione aventi per oggetto dei fondi, il proprietario che compie questo atto di destinazione ed anche il proprietario vicino in confronto e quasi in contraddittorio col quale un tal rapporto si costituisce, intendono di sistemare lo stato di fatto permanentemente, senza cioè supporre che lo stato di fatto abbia a cessare e quando debba cessare: talchè nella mente di entrambi questa nuova sistemazione, specialmente allorchè si traduce nelle piantagioni di alto fusto, apparisce come qualche cosa d'incorporato nel fondo stesso in cui la piantagione si effettua, e però come qualche cosa d'immobile, di perenne o di perpetuo come il fondo medesimo. Si può cambiare disegno, si può cambiare destinazione: ma, al momento in cui la piantagione si effettua, questa sembra in armonia con una destinazione che si vuole stabile; poichè altrimenti, per poco che se ne fosse considerata come dubbia la stabilità, non si sarebbe fatta o se ne sarebbe fatta una diversa.

Il proprietario, in tutti i lavori o le bonificazioni che fa

Digitized by Google

o fa fare dai suoi dipendenti od aventi causa nel fondo, tanto accenna ad una destinazione perenne, da sembrar quasi che intenda diventare eterno egli col suo fondo e quasi di avvinghiare la sua stessa esistenza con le zolle o coi mattoni sui quali si estende il suo potere fisico e giuridico; e quì l'istinto serve mirabilmente a consolidare il calcolo economico.

Congressi di liberi pensatori potranno trovare formole felici per dare il benservito alle monarchie ereditarie, potranno anche credere di contrapporre la scienza alla fede (non assorgendo alla concezione unica del conoscente e del conoscibile), potranno sognare di organizzazioni a Stato internazionale; ma non potranno mai, per quante costruzioni ingegnose possano proporre dal punto di vista economico per affermare l'egemonia del lavoro umano sopra qualsiasi altro fattore o elemento di produzione economica, distruggere nè tampoco diminuire questo attaccamento dell'uomo alle cose sue, che costituisce la parte più sublime dell'egoismo al cui stampo si plasma la personalità umana: di quell'egoismo che rappresenta il necessario raccoglimento o concentramento di tutte le forze e le attività del singolo, perchè questi possa, completo a sè stesso come soldato pronto al combattimento, entrare nella vita civile e politica in unione dei suoi simili. Togliete ad un soldato le armi, le munizioni, le vesti e mandatelo nudo o mal vestito, lacero, scalzo, inerme alla battaglia: voi lo esponete quasi sicuramente alla disfatta e molto probabilmente alla morte.

E poichè l'uomo si sente deficiente, manchevole, debole senza la proprietà delle cose che possono rendergli più agevole o per lo meno più indipendente la vita (quali sono i beni immobili, o le case dove si pone la sede inviolabile della propria famiglia, o i terreni dai quali ogni anno si trae nutrimento per una produzione variabile sì ma nel suo insieme indefettibile), la sua tendenza sarà sempre rivolta, e se occorrerà anche eludendo le leggi, a procacciarsi la maggior quantità di questi beni e di queste soddisfazioni quasi con la stessa intensità di desiderio con la quale si procaccia il necessario pane quotidiano. E così egli, l'uomo civile, appunto quanto più è tale, tanto più vuole e sa trasformare i beni immobili acquistati in modo che questi servano ai propri

Digitized by Google

bisogni individuali e a quelli della sua famiglia: ecco una prima specie di destinazione che può anche presumersi tranquillamente e ritenersi effettiva, fino a che non sia dimostrata una destinazione diversa. Che questa destinazione, fatta per sè e per i suoi, debba, nell'intenzione di chi la fece, durare almeno per tutta la vita delle persone a cui beneficio è rivolta, è evidente; come è evidente che pochi entreranno nell'ordine d'idee dell'intagliatore senese *Ammannato... cui mancò la roba e crebbe il fiato* (1), e la maggior parte delle persone sensate si comporterà in modo verso la sua proprietà (almeno se e finchè questa per la sua entità è suscettibile di capitalizzazione), da procacciarsene l'utilità maggiore colla minor fatica per tempo indeterminato, come indeterminata è la durata della nostra vita.

E, quando questo proprietario verrà a cambiare la destinazione vecchia del fondo stesso imprimendogliene una nuova, anche in tal caso egli ritiene che quella debba esser l'ultima volta che egli muta la destinazione del fondo e si adagia sui nuovi disegni, come se i disegni stessi non avessero a patire più modificazione ulteriore durante la sua vita o la sua facoltà di disporre del fondo: poichè questa è l'illusione della mente umana, anche questa illusione entra nell'interpretazione giuridica della volontà che il proprietario rivela nella destinazione del fondo proprio e che si deve rispettare in tutta la sua efficacia pratica e portata nei diritti patrimoniali, senza tentare d'indagare se questo disegno o questo proposito sia un'illusione od abbia fondamento di realtà o di probabilità.

Per tutte queste considerazioni la perpetuità della causa, nel senso affatto speciale adottato in materia giuridica, balza fuori indiscussa e certa da tale stato di fatto e ci autorizza a constatare la presenza d'una servitù prediale, non meno che se si trattasse dell'appoggio d'una trave o del passaggio attraverso il fondo altrui. Che anzi nella nostra ipotesi noi ci troveremmo in presenza d'una servitù continua ed apparente, la quale apparisce o può apparire anche all'ispezione dei terzi che si trovino a passare sul luogo e pongano mente

(1) Detto popolare toscano relativo alla famiglia degli Ammannati.

Digitized by Google

ai rami e alla loro inconsueta sporgenza da fondo a fondo. D'altra parte, se servitù non fosse, che cos'altro potrebbe essere? Uno stato di fatto precario no, perchè assicurato da regolare contratto per cui scaturisce da una parte il diritto di far sporgere i rami e dall'altra l'obbligo di tollerare una sporgenza simile: e molto meno uno stato di fatto abusivo, poichè nulla esso avrebbe di abusivo risultando da una posizione regolare anzi contrattuale. È un rapporto di vicinanza caratterizzato dal suo contenuto immanente, e dalla destinazione di cui sinora si è parlato: è un diritto frazionario della proprietà, perchè da una parte sopprime i limiti posti dalla legge all'esplicazione della proprietà stessa e dall'altra procura limiti e restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà del vicino.

Il contratto, in forza del quale l'uno dei vicini acquista il diritto alla sporgenza dei rami e l'altro vicino assume l'obbligo di tollerare una tale sporgenza, può essere concepito in termini generici per una data fila di piante situate in un dato confine, oppure può essere specifico per certi determinati individui costituenti una fila di piante che esistono oppure che si stanno per piantare. Nel primo caso si possono agli individui preesistenti sostituire o surrogare altri individui, e la servitù seguita egualmente a sussistere ed ha una causa di durata indefinita, e, se fosse possibile l'espressione, più perpetua della causa che si avrebbe trattandosi d'individui determinati. Ma, se si tratta d'individui determinati, può dirsi che la causa sia perpetua o invece che sia temporanea? Il dubbio balza naturalmente dal raffronto delle due configurazioni; poichè, di quanto l'una guadagna o sembra guadagnare in perpetuità, di tanto l'altra sembra perderne: il contrasto è evidente e fortissimo. Eppure non torna difficile il persuadersi della possibilità, anzi dell'esistenza d'una causa perpetua anche se il diritto è stato acquistato per una data fila di alberi soltanto; perciocchè in questo caso non si può determinare quando finirà il diritto o l'esercizio di esso; si sa che deve durare quanto la vita di quelle piante, che è quanto dire si sa che non deve durare eterno, ma non si conosce già la durata precisa di quello, in anticipazione. Quindi la durata ne rimane sempre indeterminata e indeter-

Digitized by Google

minabile, se non forse in via molto approssimativa. E questo è il concetto appunto della causa perpetua secondo il linguaggio giuridico.

Se domani si trovasse il modo di trasfondere la linfa da una pianta giovane in una pianta vecchia per prolungare la vita di quest'ultima, ossia non sostituendo pianta a pianta, ma restando sempre colle piante d'una volta, il prolungamento nella vita di queste piante importerebbe una continuazione dello stato di servitù attiva a favore delle piante stesse per la sporgenza dei loro rami sul fondo del vicino; ed ecco che la indeterminatezza della durata della servitù stessa avrebbe un nuovo suffragio nei fatti ed in pratica si manifesterebbe ancor meglio. Nè vale il dire, ad esempio, che se si tratta di piante decrepite, la durata della servitù è necessariamente breve, come sin dal principio è dato presumere senza tema di errore; perciocchè, anzitutto, se le piante sono decrepite, i rami resteranno più o meno allo stato stazionario, essendo propria solo delle piante giovani la protensione per sviluppo dei rami, e poi anche essendo strano che si pensi ad un maggiore sviluppo organico, quando invece la pianta per le esigenze dell'età sua tende a ritirarsi. Di solito pertanto un tal diritto alla protensione dei rami si acquista allorchè la pianta è nella pienezza del suo sviluppo organico, specialmente per raccogliere i frutti che quei rami stessi sviluppandosi e protendendosi sul fondo vicino possono produrre. Non è una servitù che abbia tratto ad uno scopo decorativo o voluttuario, ma bensì ad uno scopo di produzione o di sviluppo economico; e perciò deve rispondere ad un movente pratico, ad una destinazione coordinata alla destinazione generale del fondo, ad un disegno razionale e completo di cui effettivamente fa parte.

E, poichè, come già dicemmo, il proprietario del fondo alle sue piante non dà ordinariamente una sistemazione precaria, ma bensì una sistemazione definitiva, come se il fondo e le piante e lui stesso, proprietario dell'uno e delle altre, dovessero vivere in eterno; per questa ragione o per questo complesso di ragioni si rivela ed apparisce un fatto di destinazione durevole, quale si addice trattandosi di causa perpetua. Del resto, il cambiamento di destinazione del fondo

Digitized by Google

non sembra possa o debba influire sulla protensione dei rami delle piante, se non in quanto le piante stesse possano o debbano essere distolte o trasportate dalla linea di confine dove si trovano. Ma, finchè le piante si trovano in quel luogo, dalla protensione dei rami delle medesime si potrà avere tanto di guadagnato, perchè i frutti si possono raccogliere sul terreno del vicino e d'altra parte si risparmia spazio e ombra per il fondo in cui la pianta si trova e che ne sopporta i minimi inconvenienti pur ricavandone il massimo vantaggio.

Sempre, dunque, si tratta di un fatto di destinazione, ossia di uno di quei fatti che non lasciano traccia passeggiera e che sono ordinati ad una causa perpetua, permanente, la cui durata non si appalesa sin dapprincipio limitata ad un dato termine; e del resto, per quanto sia possibile che in un contratto si limiti l'esistenza e il vigore d'una tale servitù ad un dato periodo di tempo, pur tuttavia questa limitazione è inconsulta. Altro argomento potentissimo dell'esistenza d'una servitù attiva della protensione dei rami, da causa contrattuale, è la trasmissione di questa utilità da proprietario a proprietario del fondo che ne gode; per la qual cosa, quando si vede che uno stato di fatto continua, sia pure per effetto di un contratto iniziale, indipendentemente da qualsivoglia cambiamento posteriore di proprietà o da qualsivoglia convenzione successiva, si deve con fondatezza ritenere che si tratti d'una vera e propria posizione reale di due fondi vicini, e che questa posizione reale, appunto in vista dell'indeterminatezza della sua durata, riceve carattere da una causa perpetua, ossia da una causa la cui fine non si può sin dal principio prevedere, quantunque si possa ritenere come di tutte le cose umane che una fine vi sia e vi possa essere come in tutto quanto attiene ad una destinazione impressa per volontà di uomo.

Il fatto che un tale stato di cose costituisca una deroga alle limitazioni legali della proprietà non conclude a nulla, nel senso di cambiare atteggiamento o posizione al rapporto giuridico, che viene sempre a costruirsi sotto forma di diminuzione permanente dell'entità economica di un fondo in corrispondenza all'aumento nell'entità economica del fondo

Digitized by Google

vicino: siamo sempre nel terreno di un rapporto stabilitosi contro una regola legislativa e il cui contenuto è frazione del diritto di proprietà, *senza presentare una posizione di fatto corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà e in guisa da ammettere sempre la prevalenza di questo diritto* (1). Ora questi estremi concorrono nel caso della protensione dei rami: perchè il protendere dei rami sullo spazio aereo sovrastante a terreno altrui, senza disporre menomamente del suolo, per fermo non è come esercitare sul suolo del vicino un diritto corrispondente al contenuto della proprietà sul suolo stesso. Resta a vedere se questo diritto alla protensione dei rami sia materia e contenuto di diritto reale; e su di questo pare che nessuno possa affacciare dubbio di sorta: tanto è evidente che il diritto alla protensione dei rami è trasmissibile di proprietario in proprietario, come di proprietario in proprietario è trasmissibile la pazienza o sofferenza di un tale diritto. Quando poi a questo punto e dopo esaurita una tale dimostrazione ci si viene a dire: badate, si tratta di una deroga alle distanze legali ossia alle limitazioni legali del diritto di proprietà; noi facciamo bene a rispondere che questa circostanza non modifica il ragionamento già fatto da noi e che resta sempre fermo trattarsi di una limitazione legale del diritto di proprietà che trovasi eliminata e d'una funzione di servitù prediale nel tempo stesso: due figure giuridiche le quali non cozzano punto tra di loro. La determinazione della causa, adatta alle servitù prediali, balza poi fuori naturalmente e logicamente da tutto l'insieme della costruzione giuridica da una parte e dall'altra; nè del resto si deve esagerarne l'importanza, allorchè gli elementi costitutivi del rapporto giuridico rimangono in piedi, così come sono richiesti e ritenuti necessari dalla costruzione della servitù prediale. La destinazione poi può essere benissimo la causa di questa deroga ad un rapporto obbligatorio di distanza secondo la legge; ma molte volte se essa non è estesa a tutta quanta l'utilizzazione del fondo dominante o di una determinata zona del fondo dominante verso il confine, la

(1) Vol. I, pag. 63. § 11: definizione del diritto di servitù in ispecie, in contrapposto al diritto reale in genere.

Digitized by Google

destinazione stessa è evanescente e come priva di significato pratico o di contenuto palpabile. Quindi il mezzo più idoneo per discernere la natura di questi rapporti giuridici è quello di attendere prima alle caratteristiche generiche del diritto reale e poscia a quelle specifiche delle servitù prediali, senza deviare, senza perdersi in ricerche inutili o superflue.

Ora a tanto risultato, sia pure in deroga a disposizioni espresse di legge, che non sono proibitive o d'ordine pubblico, può benissimo condurre anche una deroga contrattuale o convenzionale tra le parti; e sarebbe strano che la parte stessa interessata, dopo avere essa medesima dato il suo assenso ad una deroga alle disposizioni legali, si lagnasse poi che l'altra parte prendesse sul serio una tale deroga e reclamasse invece l'applicazione delle disposizioni del Codice. Questo equivarrebbe sostanzialmente a contrastare il fatto proprio, a contraddirsi sol perchè in un certo punto non fa più comodo quanto pareva conveniente in antecedenza; la qual contraddizione è incivile e assolutamente da biasimarsi, dovendosi tener ferma quella posizione che corrisponde allo stabilimento iniziale del rapporto giuridico, per dissolvere il quale occorre o una nuova manifestazione di volontà, in senso contrario, ovvero una di quelle cause generali (ordinariamente dovute a forza maggiore), le quali per regola comune sono ritenute come dissolventi dei rapporti giuridici. Ma la revoca convenzionale di una situazione giuridica, creata anch'essa per convenzione, nulla aggiunge e nulla toglie all'indole effettiva della situazione stessa, la quale rimane sempre quale risulta dal suo contenuto e dal suo scopo originario, tradotto sin da principio in pratica attuazione: se il rapporto è reale e contrapposto anche nell'esercizio al diritto di proprietà, nulla toglie che, avendo esso una causa perpetua come la proprietà alla quale si riferisce o si contrappone, anch'esso assuma la qualità di servitù prediale. E la protensione dei rami della propria pianta sopra il suolo altrui non è già una semplice liberazione da un impedimento al libero esercizio del diritto di proprietà, ma è anche una vera aggressione nel territorio della proprietà altrui, poichè consta di una vera e propria immissione.

Digitized by Google

25. Ma la servitù può stare senza immissione e anche per semplice ravvicinamento, sempre però al di quà della linea di confine, se non sono serbate le distanze legali? L'osservanza delle distanze legali o regolamentari è tanto compenetrata nel diritto di proprietà, da una parte e dall'altra del confine stesso, che vi si confonde e ne forma parte integrale: sia che queste distanze si violino parzialmente o totalmente per rapporto contrattuale, la violazione riveste sempre la stessa indole sostanziale rispetto allo spostamento del centro di gravitazione del rapporto di vicinanza. Senonchè la posizione risultante dall'immissione evidentemente non può esser la stessa di quella che non giunge sino all'immissione. In entrambi i casi sporto v'è e la disposizione delle distanze è violata: il ramo o si avvicina di troppo o entra addirittura nella sfera territoriale della proprietà del vicino. Danno di ombra, pericolo di ulteriore invasione, e pericolo più vicino, più urgente nel primo caso; nel secondo danno completo e per l'ombra e per l'occupazione dello spazio aereo appartenente al vicino, pericolo non di un danno diverso, ma di un aumento del danno stesso iniziale. Il risultato, il contenuto pratico della violazione o lesione è diverso bensì in entrambi i casi; ma la costruzione del nuovo rapporto o del nuovo disequilibrio del vecchio rapporto è identica in entrambi i casi, poichè in entrambi i casi si tratta di uscire fuori della sfera che la legge designa a ciascun proprietario per lo sviluppo delle proprie piantagioni, acciò queste piantagioni stesse non abbiano a recare danno o pericolo ad alcun vicino per la parte del confine.

Laonde, fissato questo contenuto fondamentale della servitù della sporgenza dei rami, il derogarvi costituisce un attentato all'integrità del contenuto del diritto di proprietà dell'altro vicino, il quale si trova così diminuito il suo diritto di proprietà: violate le distanze, anche senza vera immissione nell'area di spettanza patrimoniale del vicino, il costui diritto di proprietà ne risulta virtualmente leso e disequilibrato, ed ha d'uopo di essere ristabilito in tutta la sua integrità iniziale e legale. In tale stato di cose ci troviamo in presenza di un rapporto di servitù prediale, anche se nella convenzione dalla quale è autorizzato il protendimento dei

Digitized by Google

rami non si faccia espressa menzione di servitù: la posizione giuridica risulta dalla posizione di fatto; *ex facto oritur ius.* Però è a notarsi che o per una manifestazione espressa o per una manifestazione tacita di volontà la concessione della sporgenza dei rami oltre la distanza legale può essere fatta unicamente a titolo precario; nel qual caso nessun diritto deve ritenersi originato da un tale stato di fatto, che in questa ipotesi è unicamente e di pura tolleranza, perciò revocabile.

Inutile qui riprendere tutta quanta la dimostrazione del precario; poichè tutti sanno che uno stato precario cessa o può cessare *ad libitum* di chi lo autorizza o con una dichiarazione espressa di consenso o con una tolleranza tacita. Con una concessione precaria difficilmente potrà giungersi ad un esercizio trentennale; e, quando pure vi si giungesse, vi sarebbe pur sempre dall'altra parte contrapposta la prova della tolleranza che può risultare da una scrittura privata o da una dichiarazione della parte in cui favore il precario è stato accordato. Se risulta trattarsi di concessione precaria, non vi è da attribuire alla validità consensuale altra efficacia da quella che può risultare per una manifestazione unilaterale di volontà, quando appunto una tale manifestazione è per l'indole sua stessa revocabile; nè il fatto di una dimostrazione solenne della volontà (purchè in questi termini) toglie alcunchè al contenuto della volontà stessa, che non ha lo scopo di costituire un rapporto azionabile a favore del proprietario dei rami protendentisi da un fondo all'altro, ma bensì di accordare un semplice favore (revocabile *ad libitum* del concedente) o gratuitamente od anche verso un corrispettivo finchè dura.

Si comprende tuttavia che, all'infuori di questa ipotesi, quante volte ci troviamo in presenza di un contratto importante deroga, parziale o completa, al sistema delle distanze legali delle piantagioni dalla linea di confine, questo contratto, anche senza una clausola esplicita, debba rivelare la costituzione di una vera e propria servitù; quando sia effettivamente constatato che il contenuto della servitù esiste e che nessun ostacolo giuridico si oppone alla pratica estrinsecazione d'essa. Poichè la conseguenza dell'avere, per mezzo di contratto, autorizzato, non a titolo precario e cioè senza alcuna

Digitized by Google

riserva di revocazione *ad libitum*, una distanza minore di quella determinata dalla legge, ad altro non può condurre fuorchè ad una servitù prediale attiva appunto di non adempiere alle distanze fissate dalla legge o dal regolamento. Che dire se nel contratto una tale facoltà siasi concessa soltanto *ad tempus* e non senza determinazione di durata? Vi sono in tal caso gli estremi della servitù prediale?

Richiamando i principî generali già esposti (1), non vi è dubbio che, qualunque sia la finalità economica del rapporto di cui si tratta, il solo fatto di averne preventivamente limitato la durata esclude la causa perpetua e impedisce virtualmente che la facoltà accordata da una parte e la restrizione imposta dall'altra si compenetrino nella sostanza delle due proprietà confinanti, per il modo come si esplica la proprietà su di entrambe e su di entrambe della proprietà stessa si attua l'esercizio. Taluno potrebbe allarmarsi per una contraddizione apparente che in questo caso la posizione giuridica potrebbe presentare in ordine al contenuto del diritto nell'uno e nell'altro caso, e cioè tanto se si tratti di durata senza limite quanto se si tratti di durata temporanea; perciocchè in entrambi i casi il contenuto del diritto, quale risulta dall'insieme delle facoltà che ne compongono l'esercizio, ha lo stesso peso, la stessa quantità e la stessa qualità. La protensione dei rami oltre la misura legale, con o senza invasione della linea di confine, rappresenta certamente il contenuto identico dell'un caso e dell'altro: non d'altro si compone o si può comporre questa servitù semplicissima e abbastanza bene determinata della protensione dei rami, che non il diuturno uso ma un'espressa volontà contrattuale assai prudentemente costituì.

Due costruzioni giuridiche, aventi identico contenuto materiale, possono essere reputate di natura diversa l'una dall'altra sol perchè la loro durata abbia o non abbia determinazione o limitazione di tempo? Converrebbe travolgere nel nulla tutto quanto il ragionamento da noi fatto nella parte

(1) Vol. I, § 25 (lib. I, tit. I, capo 2°): la differenza tra causa perpetua e causa temporanea consiste tutta nella previsione o prevedibilità di un fine della durata.

Digitized by Google

generale per negare questa sostanziale differenza. Una durata temporanea della deroga alla distanza legale o regolamentare corrisponde naturalmente ad uno scopo tutt'affatto temporaneo nella costituzione del rapporto, per quanto sta la legge logica e naturale che ogni effetto è proporzionato e corrispondente alla relativa causa, e che non vi ha effetto il quale possa dalla causa distaccarsi o divergere per la natura o per la finalità sua. Or, se l'effetto è temporaneo, pur la causa del rapporto dev'essere temporanea. Il proprietario del fondo che acquista il diritto alla protensione dei rami delle sue piante di confine e con questo il diritto implicito di non tenersi alla distanza legale della pianta tutta, delle radici stesse della pianta, può aver bisogno di uno spazio libero verso il confine per utilizzarlo temporaneamente in un modo qualsiasi per suoi fini determinati ma transitori; per esempio, per costituire un cantiere per una fabbrica che sta imprendendo appunto verso la linea di confine. Ora, finchè dura la fabbrica, un tale spazio è necessario; ma, finita la fabbrica stessa, evidentemente non occorre più; le piante che prima violavano la distanza legale possono benissimo trasportarsi più indietro, nel terreno stesso prima occupato dal cantiere. Ad uno stato di fatto pertanto di mera importanza transitoria e di una durata limitata o prevedibile con una certa approssimazione anticipata deve corrispondere uno stato di diritto che non è di servitù prediale, per quanto possa partecipare del diritto reale. Del diritto reale partecipa, in quanto appunto non potrebbe stare senza il rapporto di vicinanza dei fondi e in quanto ne deriva razionalmente e direttamente, perchè di distanze sempre si tratta o per diminuirle o per porle nel nulla; e le distanze non sono che estrinsecazioni di rapporti reali, di rapporti, diremo meglio, topografici, e nei quali la situazione dei luoghi posti in relazione giuridica rappresenta un dato realmente essenziale. D'altra parte, la temporaneità di tal deroga alle distanze legali, in quanto appunto corrisponde ad una destinazione precaria e ad esigenze transitorie, assume la fisionomia di un rapporto personale e si rivela troppo evidentemente come frutto di una riflessione individuale e di un giudizio di opportunità, che come uno fa altri potrebbe non fare o non comprendere.

Digitized by Google

In questa seconda faccia del rapporto giuridico molto evidentemente si appalesa l'impronta individuale del proprietario del fondo di confine in cui si produce il fatto o fenomeno della piantagione violandosi la regola delle distanze: quest'impronta individuale evidentemente non ha che fare colla natura reale del rapporto, e come non la distrugge così non la rafferma o conferma in modo alcuno. È un fatto di destinazione temporanea, che non fa appello alle forze vive per un'utilizzazione permanente, o a tempo indeterminato, del fondo; e alla volontà dell'uomo, nell'atto di riconoscerla determinante di un rapporto giuridico, non si può attribuire un'importanza maggiore di quella che ha o può avere per sua stessa portata e secondo la volontà di colui che dispose della destinazione stessa.

Or colui che si propose di ottenere la deroga alle distanze legali delle piante non per altro lo fece se non per accudire, con lo spazio necessario al cantiere, alla fabbrica intrapresa, agli accessori di essa ed ai lavori preparatori che con quella avevano o potevano avere riferimento o attinenza. Se così è, se non è il caso di decampare dalla volontà delle parti chè impresse la direzione e il modo d'essere a tutto quanto il rapporto, non sembra che il fatto transitorio, ispirato alle pure necessità o comodità di un disegno individuale (che può anche essere revocato o posto nel nulla da un proprietario successivo che succeda al precedente), debba o possa lasciare traccie perenni nel rapporto giuridico tutto intiero, per modo da riconoscere in esso l'esistenza e l'efficacia di una causa perpetua che non vi è e non può in modo alcuno risultarne.

S'intende poi agevolmente che una deroga contrattuale alle distanze stabilite dalla legge o dal regolamento non può essere peggiorata o resa più scabrosa o aggravata comunque dalla pratica ispirata appunto al contratto: se pure questa osservanza non riesca a sua volta, per contenuto di requisiti suoi proprii e secondo le regole generali, a rendersi adatta alla prescrizione acquisitiva. In tal caso però si tratterebbe di prescrivere contro il titolo costituito col proprio concorso o consenso; ed ecco come, anche ammesso che il rapporto di distanza sia continuo ed apparente e quindi prescrittibile,

Digitized by Google

per la contraddizion che nol consente, non si può assolutamente ritenere l'ammissibilità della prescrizione acquisitiva della servitù di protensione dei rami degli alberi di confine. In tal caso dunque bisogna stare assolutamente al titolo costitutivo del rapporto giuridico, così come questo rapporto è stato costituito per volontà delle parti contraenti ed escludendo ad ogni modo che una delle due parti, con violare il patto reciproco liberamente stabilito, si valga di un decorso di tempo contro il titolo alla cui formazione essa concorse ed al quale non può se non contraddittoriamente, abusivamente e incivilmente derogare l'osservanza che ad esso tenne seguito, e che si appalesa bene incoerente con quella dichiarazione di volontà. Guai se le contraddizioni opportuniste e le prepotenze unilaterali potessero, tradotte in fatto, dar luogo ad uno stato di cose da cui potesse originare una sistemazione giuridica! Ne deriverebbe un vero sconvolgimento dell'ordine giuridico e sarebbe troppo facile distruggere con una manifestazione unilaterale di volontà un precedente accordo bilaterale completo e perfetto per l'incontro delle due volontà in una stessa linea di condotta: accordo questo che deve avere il suo effetto e il suo adempimento nei fatti e per concorso delle parti interessate nel rapporto suddetto.

La modalità dell'esercizio della servitù, se modalità vi è o vi può essere, potrà risultare dall'osservanza; ma la modalità non attiene già al diritto in sè stesso, e questo potrà rimanere tuttavia letteralmente fedele al suo titolo d'acquisto anche cambiando modalità, oppure assumendo una data modalità diversa da una data altra modalità. Che se anche la usucapione di un dato *modus* fosse contraria al titolo di costituzione, perchè questo avesse espressamente prescritto un *modus* diverso, in tal caso non dovrebbe ammettersi neppure l'usucapione di questo diverso *modus*, ma si dovrebbe sempre stare al *modus* del titolo costitutivo; perchè rimane sempre buona regola di diritto non potersi prescrivere contro il proprio titolo, ogni incoerenza a questo riguardo dovendo senz'altro ritenersi come illegale e come antigiuridica od incivile, e quindi assolutamente escludersi nel campo della retta interpretazione della volontà di parte, che pure, per via dell'*animus adquirendi*, entra in misura non indifferente pur nella costruzione dell'acquisto della servitù.

Digitized by Google

Nè è a dire che il *modus* è un dato del tutto secondario e quasi insignificante del contenuto della servitù, e che quindi sia piuttosto il caso di trascurarlo anzichè occuparsene di proposito; poichè, quando è stato voluto e designato dalle parti nella loro convenzione, principale o secondario che sia, fa tutt'uno: esso è parte integrante del rapporto giuridico di cui si tratta, ed anche in confronto di esso la volontà delle parti deve scrupolosamente osservarsi. L'inadempimento del *modus* contrattuale da parte del protendente gli alberi poteva anche richiamare su di lui l'applicazione dell'art. 1165 Codice civile: ed anche in questo caso non vale ad esimere l'inadempiente dalla sanzione della risoluzione del contratto la circostanza che il *modus* non costituisce parte essenziale del contenuto contrattuale, poichè, se le parti lo inclusero nella loro convenzione, significa che intesero costituirne parte integrante e che mostrarono tanto di tenere al *modus*, quanto di tenere alla *conditio*, quanto di tenere infine al contenuto materiale o quantitativo della convenzione; non distinguendo l'art. 1165 fra parte essenziale e parte secondaria del contratto, e non essendo l'interprete autorizzato ad ingerirsi nella manifestazione di volontà fatta dalle parti e costituenti un tutto inscindibile e inadatto al frazionamento neppure tra parti essenziali e parti secondarie.

Certo non si può dire che senza la determinazione di quello speciale *modus* la servitù non avrebbe potuto essere costituita ugualmente e con uguale efficacia, quantunque con portata alquanto diversa; ma intanto le parti vollero includere il *modus* nella loro convenzione, e noi dobbiamo rispettare in tutto la loro volontà come ugualmente manifestata in ogni singola parte del contratto. Nè importa che, anche togliendo all'unità della convenzione la parte relativa al *modus*, la convenzione possa sussistere ugualmente e forse con uguale interesse da una parte e dall'altra: questo è apprezzamento che senza dubbio le parti stesse hanno potuto e non hanno voluto fare o al quale, pur facendolo e volendolo fare, non hanno attribuito quell'importanza che ha dato l'interprete, oppure non hanno diminuito tanta importanza quanta l'interprete stesso vorrebbe diminuirne. La consolidazione del rapporto di vicinanza coi fondi tra i quali è costituito, vale a dire la rea-

Digitized by Google

lità del rapporto stesso, come nulla aggiunge così nulla toglie all'adempimento del rapporto personale o contrattuale; poichè in fondo non v'ha diritto reale che, se non altro, per via dei subbietti giuridici, non rientri o non possa rientrare nella sfera dei rapporti personali e non obbedisca ai rapporti personali allorchè sia regolato (come generalmente avviene) per mezzo di convenzione.

È il contratto che stabilisce l'osservanza d'una distanza minore della legale, è il contratto che può stabilire delle modalità dal cui adempimento non può decamparsi; è infine il contratto che è stato liberamente firmato dalle parti e tra le parti si vuole lealmente mantenere secondo il suo contenuto e la sua portata. Del resto, l'interpretazione del contratto non decampa neppure in questo caso dalle regole generali; e però, qualora risulti che le parti errarono nel qualificare rapporto di servitù o rapporto reale un rapporto che non era o non poteva essere tale, è d'uopo decampare dall'opinione delle parti e attribuire al rapporto stesso il suo vero carattere secondo la natura di esso e il suo significato giuridico. *Plus valere quod est in re quam quod est in verbis*, fu giustamente fissato dai giureconsulti romani e anche oggi si ritiene.

Le parti possono aver fatto e ricevuto, rispettivamente, la concessione di derogare alle distanze legali. Verso il confine si costruisce una casa e vi è bisogno per un certo tempo di uno spazio prossimo in servizio di cantiere; questo spazio vuole essere libero di piante e però le piante che prima vi si trovavano sono trapiantate più in vicinanza della linea di confine, con riserva di portarle ancora indietro al posto anteriore quando il lavoro sarà compiuto e non vi sarà più bisogno di spazio per cantiere di deposito. In quest'ipotesi, già fatta sopra nella discussione circa la natura e durata della causa, noi non vediamo affatto una servitù prediale, quantunque possano avervela trovata le parti contraenti; noi non troviamo, come si disse, in esso fuorchè un misto di personale e di reale con prevalenza effettiva e decisiva del rapporto personale, potendo e l'opportunità e la necessità del cantiere stesso ritenersi cessate a puro e semplice giudizio della stessa parte che intraprese e collocò quel cantiere e che

Digitized by Google

ad un certo istante creda opportuno abbandonare la fabbrica. Si sa invece che il cantiere stesso può conservarsi anche se al primo proprietario ne succeda un secondo o ne succedano altri, qualora i proprietari successivi proseguano nello stesso disegno del proprietario che primo ideò e tradusse in atto la costruzione e lo stabilimento del cantiere. Viceversa, se le parti errarono credendo di porre in essere un mero e semplice rapporto personale, oppure un rapporto reale ma di durata e per causa transitoria, oppure un rapporto misto, si debbono mettere le cose a posto e deve darsi al rapporto stesso il suo vero carattere di servitù prediale quale in esso è e da esso non può scindersi: alle parti stesse, che dapprincipio possono essersi ingannate, nulla vieta di rettificare in seguito e di meglio precisare o chiarire l'indole del rapporto stesso e la sua vera portata, purchè, mentre contraddicono all'interpretazione della volontà così come fu manifestata, non contraddicano inoltre alla manifestazione medesima considerata nel suo contenuto materiale e obbiettivo, dal quale si ricava il carattere giuridico di tutto quanto il rapporto medesimo, considerato nel suo complesso e nella ricostruzione della sua ossatura.

In ogni caso si rispetta perfettamente la volontà delle parti così com'è stata dichiarata, e può dirsi che si rispetta persino più di quanto intesero o vollero le parti stesse per il modo come quelle interpretano e per la veste che vogliano dare al contenuto della propria volontà contrattualmente manifestata; allorchè questo modo e questa veste non corrispondono all'obbiettività del rapporto giuridico, così come questa obbiettività risulta da quella stessa volontà delle parti che erroneamente ne valuta il contenuto. In altri termini, anche qui il contratto è titolo, qualora rivesta i voluti requisiti obbiettivi o di contenuto materiale, per l'acquisto d'una servitù prediale: e per conseguenza, come titolo, elimina ogni discussione sulla natura e sulla possibile causa dell'osservanza, e dichiara lo stato dei fatti in quanto ad esso corrisponda la vera posizione giuridica. Ogni ulteriore discussione in tale ipotesi si presenta superflua e insidiosa, come se si tendesse ad occultare od a falsare il vero stato delle cose quale risulta da tutte le circostanze costitutive. S'intende infine che il ti-

Digitized by Google

tolo scritto necessario per la costituzione d'una servitù prediale dev'essere di quei titoli ai quali accenna l'art. 1314 Codice civile, e cioè tanto può farsi per atto pubblico quanto per scrittura privata, al modo stesso delle convenzioni traslative di proprietà. Questi atti scritti costitutivi o modificativi di servitù prediali sono poi soggetti a trascrizione, giusta il disposto dell'art. 1932, n. 2, Codice civile, perchè possano avere efficacia di fronte ai terzi, nel senso di stabilire la priorità di un rapporto o di un vincolo rispetto ad un altro per ragione di tempo, o quanto meno allo scopo di determinare in quale epoca precisa il vincolo del fondo deve ritenersi esistente di fronte ai terzi come vincolo di natura reale e inerente al fondo che cade o può cadere in contrattazione.

26. Ma questi rapporti di vicinanza, quantunque stabiliti per libera convenzione tra gli aventi interesse, non è detto tuttavia che debbano aver sempre corso ed esito piano o pacifico tra le parti stesse. Il proprietario vicino, quantunque abbia consentito alla deroga contrattuale alle distanze legali da parte dell'altro suo vicino, d'un bel tratto si risveglia e contraddice da sua parte e affaccia dei diritti per una distanza maggiore o tenta da sua parte rappresaglie o violazioni nello stesso od in altro campo, sempre attinente al rapporto di vicinanza. Ma anche indipendentemente da una precisa intenzione a ciò diretta, il contrasto può sorgere posteriormente per forza delle cose. S'immagini, a mo' di esempio, che il proprietario vicino voglia a sua volta praticare una piantagione al confine, quando anteriormente a lui l'altro vicino abbia già, per comune consenso, violato le disposizioni sulle distanze legali. E può anche darsi che questo più tardivo dei due vicini s'induca a piantare degli alberi fruttiferi appartenenti alla stessa famiglia o alla stessa specie delle piante che primo l'altro vicino ha piantato, con infrazione delle distanze legali. Può darsi che, se la piantagione anteriore è stata collocata proprio sulla linea di confine, la distanza legale sia insufficiente per la nuova piantagione allo scopo di dare alle radici un sufficiente incontrastato alimento, perchè l'alimento stesso si troverà già accaparrato dalla piantagione anteriore suddetta; potranno i rami della prima già

Digitized by Google

protendersi sul territorio del vicino e così produrre il pericolo di un intrecciamento. Inoltre il vicino più tardivo potrebbe fabbricare una casa, un edificio qualsiasi; ed in tale evento trovarsi impedito dai rami e dalle radici della piantagione dell'altro vicino che lo precedette. Tutte queste cause di conflitto territoriale pratico potevano, è vero, prevedersi a suo tempo allorchè tra i due vicini si strinse l'accordo per la deroga alla distanza legale; ma in tutte le cose umane accade che il conflitto tra due diritti o due posizioni di fatto non si avverte fuorchè all'ultimo momento, quando cioè il conflitto stesso si viene a tradurre in atto e non prima; come appunto in molte malattie è solo la fase acuta quella che preoccupa e talvolta quella che richiama l'attenzione su tutta quanta la malattia.

Quanto alle distanze alle quali il proprietario che pianta per ultimo può essere obbligato, non v'è dubbio che debbano essere quelle stesse fissate dalla legge e che si debbano calcolare dal confine tra i due fondi. Che se la distanza praticamente risulta insufficiente, vedendosi tanto l'uno quanto l'altro dei proprietari danneggiato da una eccessiva vicinanza di radici, di rami, di ombre per le rispettive protensioni del proprio vicino, la prevedibilità perfetta di questo evento rende inutile ogni preoccupazione postuma e questa nella sua tardività non porterebbe che un vano rimpianto per le imprevidenze precedenti, contro le quali valeva la pena di premunirsi a tempo. Or dunque, in questa condizione di cose, la via da seguire non è che una: accettare tutte le conseguenze dell'imprevidenza stessa e quindi anche gli impedimenti che sono la conseguenza di quel primo disequilibrio o spostamento di simmetria. Evidentemente, se il secondo proprietario vuol serbare dal confine, con le sue piantagioni o costruzioni, una distanza maggiore della legale, con questo egli provvede a sufficienza da parte sua a rimuovere i lamentati inconvenienti. Se invece vuol tenersi alla pura distanza legale, o, peggio ancora, violarla coll'accordo dell'altra parte, allora e l'una e l'altra debbono rassegnarsi alle conseguenze future di tali premesse, magari se si deve giungere a questo che i rami delle piante rimangano intrecciati, che le radici s'incontrino, che le foglie e i frutti cadano così da

Digitized by Google

una parte come dall'altra. Si badi però di non credere che, come una delle due parti per consenso dell'altra viola la ragione delle distanze legali, così questa seconda possa violarle per rientrare nel pieno esercizio del suo diritto di proprietà; questo sarebbe un errore grandissimo e ad ogni modo da evitarsi. Che anzi, se le ragioni di simmetria e di convenienza pratica potessero conciliarsi colle giuste esigenze dell'esercizio del diritto di proprietà, si dovrebbe piuttosto venire a questo, di aumentare cioè la distanza della seconda piantagione dal confine, acciocchè quegli inconvenienti pratici non si verificassero e per adempiere in tutto ai voti della legge, di tanto aumentando la distanza da una parte, di quanto convenzionalmente la si volle diminuire dall'altra. Ma questo la legge non ha assolutamente prescritto, e sarebbe azzardato, anzi falso, farne una conseguenza della convenzione tra le parti, in forza della quale da un lato del confine la distanza stessa legale volle diminuirsi ovvero annullarsi. Per ritenere che questa conseguenza o questa ripercussione fosse stata nell'intendimento delle parti converrebbe che risultasse queste stesse parti ne avessero formato oggetto della convenzione, in forza della quale l'una di esse fu autorizzata a violare la regola delle distanze legali. Fino a che ciò non risulta, resta sempre fermo il diritto dell'altra di esse parti di usare del suo diritto di proprietà con limitazioni non maggiori di quelle che si trovano imposte dalla legge stessa e che, se non furono prima adempite, non lo furono appunto in grazia della deroga contrattuale e per ragioni di convenienza sulle quali non è il caso di autorizzare il postumo apprezzamento dell'interprete. Ne consegue che, se il vicino viola le disposizioni relative alla distanza legale, l'altro vicino non può ridursi al silenzio nella sua azione giudiziaria coercitiva col pretesto che egli sia stato il primo a contravvenire alle distanze stesse; poichè non è violazione la deroga contrattuale, quantunque produca un vero spostamento a quell'economia delle distanze di cui non può escludersi che il legislatore abbia saputo concepire e voluto attuare il disegno. Il legislatore è andato più innanzi dove poteva farlo, e cioè in materia di costruzioni: egli ha istituito la facoltà d'invocare la comunione del muro di confine, qualora il vi-

Digitized by Google

cino non fabbricasse alla distanza legale; restando così libero di fabbricare a qualsiasi distanza, ma colla comminatoria di subire la comunione forzata del muro di confine, quante volte colui che fabbrica non si voglia attenere alla distanza indicata dalla legge stessa.

In tal caso la violazione della distanza legale non è già un fatto che risulti da una convenzione, ma quasi una conseguenza che risulta dalla legge, la quale non si trova punto in contraddizione reale con sè stessa come sembrerebbe trovarsi in contraddizione formale. Contraddizione non v'è, poichè il limite di distanza rappresenta appunto il termine contrapposto alla comunione del muro, vale a dire alla negazione più grave della pienezza ed esclusività del diritto sulle cose proprie; e, a sua volta, costituisce una limitazione vera e propria all'esercizio del diritto di proprietà nella sua ideale estensione. Limiti da una parte, limiti dall'altra; si tratta di contemperarli, di armonizzarli, di sostituirli scambievolmente all'occorrenza e di applicare gli uni piuttostochè gli altri in primo luogo secondo l'interesse comune di entrambe le parti, subordinatamente secondo l'interesse legittimo di una sola delle parti e che l'altra parte abbia il dovere di riconoscere, in terzo luogo per disposizione della legge o per autorità del giudice (anche meglio) a seconda delle peculiari circostanze del caso. Il rispetto al diritto di proprietà, nel caso in esame, si appalesa e si traduce ostensibilmente nella facoltà di fabbricare anche sulla linea matematica del confine, prospettando e ombreggiando il fondo vicino; ma poi viene quasi il contrappeso alle indiscrezioni dell'edificante, nella facoltà accordata di chiedere e praticare la comunione del muro.

In questa posizione di comunione vi è lesione all'integrità del diritto o dello stato di fatto del proprietario che primo fabbricò; inquantochè anche contro sua voglia egli è obbligato a condividere col vicino la parete esterna della sua casa; ma, di fronte al rapporto di vicinanza, le parti sono poste proprio in condizioni pari, perchè entrambe si trovano sulla linea precisa del confine senza invadere territorio altrui. Ma, allorchè il primo edificatore fabbricò bensì ad una certa distanza dal confine, però ad una distanza minore di quella

Digitized by Google

fissata dalla legge, la comunione del muro facoltativa nell'altro vicino trae con sè anche l'invasione del territorio interposto tra la linea di confine e la parete dell'edificio vicino; ed in tal caso la violazione al diritto di proprietà si rivela ancor più coll'invasione territoriale, per quanto compensata da risarcimenti e dal prezzo del suolo occupato e attenuata dalla necessità topografica. L'invasione territoriale si presenta come una specie di espropriazione forzosa di un vicino all'altro, quanto al terreno, e come una comunione forzosa del muro della casa vicina, condizionate entrambe alla costruzione d'una seconda casa ad una distanza minore di quella che complessivamente e da una parte e dall'altra dovrebbe servire per il regolamento del confine; ma tutto questo rappresenta la conseguenza diretta e immediata di una prima violazione attribuibile al vicino che primo edificò e che primo introdusse lo spostamento della simmetria originaria e richiesta dalla legge.

E difatti l'attacco della seconda casa alla parete della casa precedente per mezzo della comunione del muro rappresenta un mezzo di rimediare a quel disequilibrio, sostituendo un interesse comune a due distinti e contrapposti interessi; per quanto l'interesse comune rappresenti la soluzione di un conflitto ed una soluzione che s'impone ad una delle due parti (e precisamente alla prima che fu causa della lesione) anche suo malgrado. Vero è che anche l'edificatore secondo, dei due vicini, trovasi pur egli nel bivio o di accettare per il minor male la distanza minore della legale serbata dal primo costruttore, oppure d'inoltrare, ossia di spingere innanzi la sua costruzione, oltre il terreno in cui avevala originariamente designata, e magari di acquistare una porzione di terreno dal vicino: e che, o subisca dal vicino una distanza inferiore alla legale (fabbricando egli però alla distanza legale dal confine o alquanto indietro), o che s'induca a domandare la comunione del muro del vicino, il secondo che fabbrica vede in certo modo compromessa la sua libertà di fabbricare e non può come fece il vicino violare a sua volta la distanza legale senza esporsi al pericolo di comunione ch'egli ha risparmiato al vicino suo. È però vero d'altra parte che, non essendo la distanza legale pre-

Digitized by Google

scritta del tutto obbligatoriamente, ma solo munita di talune sanzioni nel caso d'inadempimento, chi primo fabbricò, nella stessa violazione delle distanze legali, ha su quegli che fabbricò secondo il vantaggio che deriva dall'anteriorità del tempo: *in re pari melior est conditio possidentis*, o piuttosto *prior in tempore potior in iure.*

D'altro canto non è a dimenticarsi che, in questa posizione di fatto, il secondo tra i vicini a fabbricare non manca dei suoi vantaggi pratici; inquantochè, fabbricato che egli abbia a distanza minore della legale dal confine, il primo dei vicini che fabbricò non può certo trovare conveniente di cambiare il piano della sua fabbrica e di spingerne l'avancorpo fino alla comunione del muro del vicino che fabbricò secondo e che non solo non volle valersi della facoltà di chiedere la comunione del muro al vicino che primo fabbricò, ma ora sfida impunemente la legge delle distanze quasi sicuro che il vicino non sposterà per questo di un pollice la lunghezza della sua casa verso il confine. E se tra le due case si avrà una piccola intercapedine, qualora i regolamenti d'igiene urbana o rurale o quelli di edilizia (se il fatto avviene in città o nei sobborghi sottoposti allo stesso regime della città) non provvedano, il risultato di tuttociò sarà una piccola intercapedine tra casa e casa, con danno pressochè eguale di entrambi i vicini e la quale resterà prova permanente di un atto di emulazione, che il legislatore non può reprimere nè nelle sue origini nè nelle sue conseguenze, per non incappare nella produzione di maggiori inconvenienti e per non aggravare di maggiori complicazioni una situazione già di per sè troppo complicata.

Allorchè si tratta di piantagioni, non è possibile una costruzione di questa specie, poichè non si tratta di chiedere o di poter chiedere comunione alcuna; ognuno dei vicini deve stare a suo posto, senza riparazioni postume, senza sistemazioni dell'ultima ora, senza applicazione di compensi, senza possibilità di rimedi. Conviene che talune regole siano serbate dal bel principio, poichè la loro violazione importerebbe un disequilibrio irrimediabile; senza alcuna prevenzione nell'azione di uno dei confinanti sull'azione dell'altro, la limitazione della legge si esplica per entrambi con egual

Digitized by Google

rigore, e la violazione da una parte non importa per ciò solo violazione dall'altra, se pure l'una delle violazioni non risulti dal contratto come corrispettiva dell'altra violazione, oppure se per la seconda delle violazioni non si formi una convenzione speciale. D'altro canto, se una prima piantagione da una parte del confine, anche per effetto di contratto, non serbò la distanza legale, una seconda piantagione dall'altra parte della linea del confine non v'è alcuna ragione che sia tenuta più lontana dalla linea stessa del confine di quanto la legge prescrive, perchè appunto il confine rimane sempre nella stessa situazione e il rapporto è doppio come due sono le parti interessate e due sono le zone impegnate nel rapporto di vicinanza. E, se una delle due parti si sforza poi di sollevare una contestazione mettendo in luce il contrasto tra i suoi diritti o pretesi diritti e la deroga contrattuale ai rapporti di vicinanza, non può non sentirsi ripetere quel principio che serve di base ad ogni modificazione convenzionale al rapporto legale di vicinanza o di distanza: che cioè, non trattandosi di disposizione di legge che importi pena di nullità o di inesistenza o di inefficacia in altro modo o per altra causa qualsiasi delle disposizioni contrattuali le quali vi contraddicano (poichè in questa ipotesi la nullità dovrebbe essere espressamente comminata), la disposizione contrattuale deve ritenersi superiore alla disposizione della legge e perfettamente derogatoria di quest'ultima. Questa spiegazione si presenta in tanti e tanti casi di rapporti giuridici stabiliti dalla legge in mancanza di determinazioni contrattuali e modificati per lo appunto da tali determinazioni, che non deve arrecare meraviglia se nel caso nostro si fa ancora appello alla medesima per dar ragione di una posizione prettamente contrattuale, la quale costituisca sia pure una deroga alla posizione legale, ma sempre una soluzione che corrisponda agli interessi delle parti: il che non può negarsi nè può aversi in sospetto di meno che corrispondente alla finalità della legge medesima, la quale non vuol sostituirsi all'interesse manifestato dalle parti stesse, ma soltanto vuol supplire alla mancanza della manifestazione di parte.

Quindi l'impostazione del quesito che una convenzione venga a contraddire sostanzialmente tanto alla disposizione

Digitized by Google

legislativa, quanto basti che una delle parti, dopo il contratto, possa invocare in proprio favore la disposizione della legge sulle distanze, è senza dubbio errata e non risponde alla realtà della posizione giuridica: il quesito può spostarsi dalla sua base perchè non faccia più comodo ad una delle parti il mantenere l'assunto impegno, ma l'altra parte non è obbligata di rassegnarsi a questa soluzione egoistica ed unilaterale. Se il contratto non esplicasse più la sua influenza per uno di quei modi coi quali si estinguono le obbligazioni, la legge delle distanze esplicherebbe allora tutta la sua forza e si potrebbe, anzi si dovrebbe ritornare all'adempimento delle distanze legali, se pure in grazia di una nuova convenzione non si dovesse tornare nuovamente ad una deroga a queste disposizioni contrattuali. In tale caso si hanno due diversi stadi del rapporto di vicinanza e a questi due diversi stadi corrispondono due sistemazioni che possono magari essere eguali nel loro contenuto, ma sono diverse per la fonte, hanno un periodo di vita diverso, successivo l'uno dell'altro e senza addentellati scambievoli, senza nesso logico tra l'uno e l'altro, tale da obbligare ad una concatenazione necessaria di entrambi.

Però si può notare che il contrasto tra una primitiva situazione contrattuale e un posteriore interesse di uno tra i proprietari vicini può sorgere in seguito, a causa di un fatto di destinazione che questo secondo abbia dato al suo fondo magari dapprincipio senza un' intenzione precisa o senza probabilità prevedibile che per questo fatto si avesse in seguito a rendere incompatibile quella data sistemazione di piante al confine. In tal caso si potrebbe dire che la destinazione così cambiata non nasconde alcuna insidia o attentato di sorta alle relazioni di vicinanza, così come furono determinate dal contratto; perciocchè appunto l'incompatibilità con la primitiva situazione di fatto al confine sopravviene soltanto in seguito, e si può trattare di un fatto di sistemazione generale del fondo, che soltanto inopinatamente e molto tardi eserciti la sua influenza sulla linea di confine. Ora, poichè il fatto di destinazione è un fatto che interessa direttamente e personalmente il proprietario del fondo, si comprende di leggieri che il proprietario, nel disporre simili cambiamenti e le loro conseguenze mediate o immediate,

Digitized by Google

agisce *iure proprietatis* sulla linea di confine. E allora, se la convenzione precedente, che regola le piantagioni al confine, si trovasse in tale contraddizione colla destinazione generale del proprietario del fondo, da rendere incompatibile l'una sistemazione coll'altra; quale dovrebbe avere la preferenza, quella che lede il diritto del proprietario stesso per la nuova destinazione di cui si parla, ovvero quella che lede il diritto acquisito dall'altro contraente in forza del contratto? Notisi che il diritto del proprietario alla sistemazione o destinazione del suo fondo nel modo da lui ritenuto per il più conveniente non è acquisito nè prima nè dopo la convenzione che regola la distanza convenzionale delle piante dal confine, ma è immanente e dura per tutta quanta la durata della proprietà con la quale si trova intimamente connesso; quindi per esso non è a far ricerca di titolo di acquisto nè distinzione tra momento e momento di esercizio. Ma, quantunque questo diritto di sistemazione o destinazione sia immanente, esso però trova sulla sua strada, oltre alle limitazioni legali (pure esse immanenti e permanenti) all'esercizio del diritto di proprietà, anche le limitazioni convenzionali, le quali nei rapporti tra le parti contraenti valgono quasi di più delle limitazioni legali stesse; e queste limitazioni convenzionali, che pur non distruggono nel suo insieme il meccanismo della proprietà, pur tuttavia fanno sì che la zona di confine si sottragga alla destinazione e sistemazione generale di tutto quanto il fondo.

Sotto questo punto di vista, è come quasi si alienasse la zona di confine e si eliminasse quindi dalla propria sfera d'influenza, pur rimanendo la disponibilità piena del proprietario su tutto il rimanente del fondo. È quasi un'espropriazione volontaria di una o più facoltà inerenti al diritto di proprietà ed estrinsecate sulla zona di confine del fondo proprio; e ciò non contraddice punto con l'essenza e la natura del diritto di proprietà più che non vi contraddica una espropriazione od alienazione qualsiasi. La proprietà rimane piena ed è estrinsecata sotto ogni punto di vista nel rimanente territorio del fondo del cui confine si tratta. Del resto sotto qualsivoglia punto di vista e con qualsivoglia argomento di analogia si venga a considerare la cosa, è quasi

Digitized by Google

evidente che una zona di confine tra due proprietà non presenti la stessa attitudine giuridica delle zone più interne del fondo; talune differenze di fatto con le conseguenti differenze giuridiche che ne scaturiscono sono inevitabili per le condizioni topografiche, dappoichè la vicinanza dei fondi è paragonabile al vincolo di consociazione tra gli uomini e al confine presenta per lo appunto quasi delle zone neutre, nelle quali, pur restando il diritto di proprietà del proprietario del fondo in cui dette zone trovansi comprese, il proprietario vicino esercita a sua volta una certa influenza, specialmente se al confine tra i due fondi non vi è segno o mezzo di divisione. Questa influenza reciproca è inevitabile e si esplica appunto grazie agli inevitabili rapporti di confinazione; laonde taluni rapporti di fatto connessi col diritto di proprietà corrispondono per lo appunto alle zone neutre nei confini tra i due Stati per i rapporti della sovranità, ed in ordine ai medesimi, alla consociazione tra gli uomini e alla adiacenza topografica o confinazione tra i territori corrisponde per altro verso la *comitas gentium* in diritto internazionale. E, come si riconosce impossibile di sopprimere la *comitas gentium* con tutti i rapporti internazionali che vi si connettono, e la società degli uomini con tutto l'insieme di rapporti anche dispiacevoli e fastidiosi e pur dannosi che ne derivano; al modo stesso è d'uopo che il diritto di proprietà si rassegni alle inevitabili limitazioni che derivano dal rapporto di vicinanza e che sono quasi il patrimonio passivo comune a tutti i proprietari territoriali. Può forse il diritto aspirare ad una sistemazione migliore di quella che possa effettuarsi per l'intenzione di rendere meno stridente il contrasto tra due proprietari o due proprietà in collisione d'interessi sulla linea di confine? Nè il diritto può fare di più; esso ha proprio questa missione di smussare quasi le angolosità degli interessi naturalmente e socialmente contrapposti in due sfere d'influenze poste a contatto tra di loro. E a questo suo còmpito adempie, necessariamente, constatando che nessun diritto, e neppur quello di proprietà, può essere assoluto nelle sue manifestazioni; ma disciplinando così il contenuto del diritto di proprietà come i limiti necessari del medesimo.

Digitized by Google

CAPO II.

Sporto in legname o muratura o metallo.

27. Danno effettivo o potenziale e pericolo derivante dalle sporgenze in legname o muratura o metallo. — 28. Legge delle distanze e legge della non-invasione. — 29. Conseguenze della natura inorganica di simili sporgenze. — 30. Se il vicino abbia il diritto alla amputazione o demolizione delle sporgenze inorganiche. — 31. Ristabilimento del diritto violato e mezzi giuridici per provvedervi. — 32. Diritto romano.

27. Le sporgenze in legname o muratura, siano tettoie, scolatoi di acqua, costruzioni per abbellimento, loggie, terrazze, avancorpi pensili, ponti di passaggio, arcate di angiporti, ponti a livello o ponti elevati, tubi di condotta o di scarico, in primo luogo costituiscono un'invasione nel fondo altrui, nella zona superiore al suolo: ossia costituiscono lo stesso impedimento alla disponibilità del soprasuolo che può derivare dalla esistenza dei rami di una pianta. Oltre all'impedimento può esservi danno di ombre, di stillicidi, di scoli e simili: danno al quale non è sufficiente compenso un rimedio postumo, ma si vuol contrapporre una prevenzione che lo possa allontanare. E quale altra prevenzione possibile, da quella infuori di serbare alcune distanze determinate dalla legge? Eccoci pertanto alla servitù delle distanze, della quale si è tenuto proposito. Ma, dato che la servitù di effettuare e mantenere siffatte sporgenze esista, noi dobbiamo piuttosto ricercarne la portata e gli effetti. Il danno che deriva da queste sporgenze è effettivo o potenziale, a seconda dei casi. Effettivo, in quanto dalle sporgenze stesse cade acqua o liquido qual si sia di rifiuto, od in quanto ne deriva ombra proiettantesi sul suolo vicino; potenziale, in quanto, se pure il danno non segue subito, si attende per l'avvenire, oppure è sicuro che avverrà cambiando le condizioni di stagione o di coltivazione. Il danno potenziale naturalmente s'identifica col pericolo ed è una cosa stessa con questo: il pericolo non è che danno in potenza e come tale non può non formare il contenuto di una figura giuridica per la quale s' invochino provvedimenti adatti o di una convenzione da cui possa es-

Digitized by Google

sere legalizzato. Se la servitù è stabilita, evidentemente il danno o pericolo che da essa deriva deve subirsi come conseguenza della servitù stessa e del contratto o dell'acquiescenza che ad essa dette vita. Certo in essa noi ravvisiamo un vero e proprio contenuto petitorio in perfetta esplicazione pratica, e noi vediamo che non basta nel caso nostro applicare semplicemente le discipline relative alla repressione del danno ed alla eliminazione delle conseguenze del danno stesso. Poichè noi vogliamo esaminare le potenzialità del rapporto prima che il danno avvenga o senza che il danno avvenga; così come si presenta per semplice effetto della sporgenza, sia questa in legno o in muratura o in metallo. E, lasciamo pur stare il contrasto estetico che può risultare da una tale sporgenza in quanto essa abbia per effetto di guastare delle linee architettoniche, il danno potenziale o pericolo derivante dalla sporgenza resta sempre e si accentua anche senza il sopravvenire di conseguenze maggiori o diverse le quali implichino un danno reale economico-patrimoniale. Per lo meno, il fondo che soffre una tale sporgenza è diminuito di valore commerciale, ossia, al momento di essere venduto, anche a parità di altre circostanze, non potrebbe assolutamente trovare un prezzo eguale a quello che avrebbe se non fosse obbligato per una od altra ragione a soffrire una tale sporgenza. E questo a parte gli impedimenti che dalla sporgenza stessa possono derivare all'estrinsecazione del diritto di proprietà sul fondo stesso nel quale la sporgenza s'inoltra: ostacoli al fabbricare, allo sviluppo delle piante in altezza o larghezza, al prospetto, alla luce, alla vegetazione di taluni cereali che non amano l'ombra; e via dicendo.

Or tali impedimenti non rappresentano al certo uno stato di conservazione della proprietà così come prima era; e non vale attenuarne l'importanza sotto colore di limitazioni inevitabili e alle quali possono essere sottoposti così i proprietari da una parte come i proprietari dall'altra parte del confine. Quello che fa esorbitare la posizione di fatto dai limiti di un semplice rapporto di vicinanza necessaria, al quale non si possa non accordare sanzione e in diritto e in fatto, è la materialità dell'*immissum* la quale costituisce una lesione diretta

Digitized by Google

e immediata all'infuori di ogni vicinalità necessaria e che non si presenta normalmente in condizioni di possibile reciprocità, o di necessaria reciprocità per il contemporaneo esercizio dei diritti di due proprietari e per il contemperamento loro. Questa materiale immissione è un vero e innegabile esercizio del diritto di proprietà su di un fondo non proprio; e resta a vedere se ed in quanto si possa legittimare e ritenere giuridicamente valido. Si comprende che lo scolo delle acque, in rapporto con la pendenza del suolo, possa essere cosa inevitabile nella posizione di vicinalità; ma qui si tratta non di scolo naturale, bensì di scolo artificiale, e soprattutto di quelle opere o sporgenze che con questo scolo artificiale possono aver rapporto e che possono servire a condurlo per una eliminazione che giovi all'uno dei due fondi a spese dell'altro e aggravi la condizione di quest'ultimo in confronto di quella che sarebbe se si trattasse di scolo naturale. Ma basterebbe l'azione di danno temuto o la denunzia di nuova opera per mettere al coperto il vicino dal danno o pericolo derivante da tali costruzioni che prima non esistevano? Se basta questo espediente, è inutile provvedere diversamente e meno ancora è utile pervenire alla costruzione di una figura giuridica di servitù ed avvisare a forme speciali di tutela, quando le forme generali si possano senza difficoltà attuare.

Nell'appressarci all'esame sostanziale del quesito, anzitutto troviamo che è il caso di eliminare qualche difficoltà e di porre in luce qualche circostanza estrinseca che ci possa sbarazzare la strada verso la soluzione. La denunzia di nuova opera e di danno temuto, per quanto in teoria siasi voluto metterlo in dubbio, secondo il nostro sistema legislativo appartengono indubbiamente alla materia e alla trattazione del possesso, sotto il cui titolo il nostro Codice civile li ha posti. Ora non sarà male ripetere taluni principî compresi nella parte generale, se non altro per considerarli qui sotto altra luce e da un punto di vista più pratico. Nelle servitù non è più questione di possessorio ma di petitorio; non è il possesso che si lamenta turbato, ma la proprietà che si riscontra menomata. Uno stesso fatto evidentemente, allorchè offende la proprietà, deve inevitabilmente offendere il

Digitized by Google

possesso, poichè regola generale è che un fondo in genere non sia *vacuo*, vale a dire non posseduto da alcuno. Molte volte, anzi la maggior parte delle volte, mettendo le cose a posto in sede petitoria, si risparmia di fare ulteriori questioni nel possessorio corrispondente: mentre per contrario, se si agisce soltanto in materia possessoria, si lascia sempre aperto l'adito a nuove turbative, a nuovi pericoli, a nuove contestazioni. Il campo in cui si esplica l'azione relativa alla servitù è però un campo fondamentalmente petitorio; in quel caso si esauriscono completamente tutti i mezzi di restituzione della proprietà con tutte le annessevi modificazioni; per la qual cosa non è sufficiente nè un'azione di danno temuto nè una denunzia di nuova opera, ma occorre addirittura un procedimento completo e che spieghi la sua estensione a tutte quante le branche, a tutti quanti gli aspetti, a tutte quante le possibilità, più o meno remote, di alterazioni, di turbative, di immissioni, di costruzioni, sia per mantenerle come diritto attivo di servitù, come per eliminarle a titolo di reintegrazione dello stato pristino e pieno di una proprietà autonoma per ogni parte delle sue manifestazioni e garantita così per il presente come per l'avvenire contro ogni tentativo di diminuirne la forza, l'estensione e la manifestazione concreta negli atti destinati ad avere importanza giuridica ed economica.

E poi il petitorio si distingue ancor più dalla ragion del possessorio, nel caso nostro, in quanto, dando ragione o sospetto ad un acquisto legittimo della servitù per prescrizione, può cagionare un depreziamento permanente nel fondo soggetto alla limitazione nel contenuto e nell'esercizio del diritto di proprietà. I gravami permanenti d'ogni specie che sono sul fondo evidentemente diminuiscono l'utilità che si ricava o può ricavarsi dal possesso o dalla proprietà del fondo stesso. Se in un dato caso sia più utile esperire il rimedio petitorio o il possessorio non sta ad alcuno il determinare e molto meno in astratto e senza gli estremi di fatto che attengono al determinato caso pratico: anche qui come sempre non v'ha nulla più di un bel principio che ciascuno è l'unico giudice competente di quanto a lui convenga di fare per conseguire meglio i propri fini. Se l'interessato crede di po-

Digitized by Google

tersela cavare con una semplice azione possessoria, non avrà tuttavia per certo risoluto sul momento il quesito della servitù: ma questo potrà essere sufficiente, allorchè l'avversario non avanza alcuna pretesa di servitù, e potrà anche condurre ad un procedimento più spedito e più conveniente, di cui nel caso pratico si voglia far tesoro per non sobbarcarsi a spese maggiori o a vane perdite di tempo. Naturalmente i procedimenti valgono per quel che sono e i loro risultati non possono produrre più di quello che ebbe in mente chi li iniziò e li svolse: per la qual cosa, se l'interessato ha messo in moto un'azione possessoria ed ha ottenuto un provvedimento possessorio, resta impregiudicata la questione sulla proprietà e sulle limitazioni della proprietà, la quale può risorgere anche indipendentemente da turbative o da questioni possessorie di ogni specie. D'altro canto non è escluso, che, anche sistemato il rapporto di confinanza dal punto di vista del contenuto petitorio dei diritti dei due proprietari vicini, non possa sopravvenire in seguito qualche questione possessoria, per ragioni di danno temuto o di nuova opera; nella quale ipotesi i due procedimenti e i due scopi proseguono ciascuno per loro conto, senza che l'uno possa avere sull'altro un'influenza diversa da quella determinata per l'unità dello stato di fatto al quale si tende nell'uno e nell'altro caso. La sistemazione dei rapporti di vicinanza è una sistemazione unica, senza dubbio, o che si tratti di garantire un dato possesso, o che si tratti di determinare la spettanza di ciascuno dei due vicini. Se il proprietario che si ritiene leso fonda soprattutto la sua lesione sulla diminuzione del valore commerciale del suo fondo, in tal caso non si deve limitare soltanto all'azione possessoria, ma deve sistemare anche la questione petitoria, ossia l'intiera questione una volta tanto; di guisachè non si abbia più a tornarvi sopra per ragione alcuna, se non fosse per ottenere che lo stato di fatto corrisponda allo stato di diritto già definito, già costituito completamente nell'insieme e nei dettagli. Non già che dopo una tale sistemazione completa non possano verificarsi danni e pericoli di qualche specie; ma questi danni o pericoli non si possono già presentare sotto la forma equivoca e larvata di pretese legali per l'esercizio di un diritto di servitù, bensì

Digitized by Google

debbono senz'altro chiarirsi come attentati di turbativa o di lesione in materia possessoria e quindi con un contenuto giuridico meno importante, meno accentuato di fronte al contenuto pratico e di fatto. Questo ostacolo alla estrinsecazione dei rapporti petitori tra le parti, così com'erano stati stabiliti in modo permanente, si rimuove in modo facile con la relativa azione possessoria, il cui esercizio è molto più agevole di quello della petitoria e che più direttamente attiene allo stato di fatto dei rapporti di vicinanza. La lesione di questo stato giuridico e di fatto, anche se non presenta altra ripercussione fuorchè nel valore commerciale del fondo, è sempre difficile a misurarsi perchè può implicare assai spesso qualche apprezzamento cosiddetto di affezione, che possa influire sul prezzo commerciale stesso relativamente ad una data categoria di persone e ad una data zona di territorio. Anche questa modificazione può esser causa d'un'azione possessoria diretta all'osservanza dell'integrità del rapporto com'è stato costituito in sede petitoria; non dovendo il proprietario provare altra circostanza all'infuori della lesione dello stato di fatto e di diritto, senza essere obbligato a far risultare una determinata entità o quantità di danno.

Evidentemente, neppure in questo caso l'azione del proprietario deve assumere un'intonazione emulatoria, cioè diretta allo scopo principale di defatigare il vicino senza ricavarne un costrutto pratico serio relativamente alla tutela del proprio interesse e alla utilità dei propri affari: la quale eventualità non è del tutto da escludersi, tenuto conto dei molteplici rapporti nei quali si può estrinsecare la vicinanza di due fondi e alla corrispondente possibilità di lesione di tali rapporti, dipendentemente da varie circostanze non tutte accennanti a veri e propri fatti o cambiamenti di destinazione da parte del proprietario. Per contro, il danno o il pericolo derivante da queste sporgenze dev'essere positivamente avvertito, deve constare di un contenuto certo, e, diremo quasi, palpabile. Del resto, quante volte vi ha una sporgenza qualsiasi, o in legname, o in muratura o in metallo, da un fondo sopra un altro fondo, questo danno o questo pericolo non manca: purchè, evidentemente, si tratti di una sporgenza che sovrasta materialmente (*impendit*) sul fondo vicino. Anzi,

Digitized by Google

poichè queste sporgenze senza immissione non solo d'ordinario non cagionano beneficio alcuno in chi le produce, ma invece rivelano una semplice trascuranza consistente nel non fare il taglio di un *tignum* o sporgenza qualsiasi che sovrabbonda da una parte del confine; questo può anche essere l'effetto di una tendenza emulativa, di uno scopo poco onesto e poco legittimo quasi sempre prodotto dal giuoco dei più bassi istinti. Altre volte questa sporgenza può rappresentare la continuazione di un manufatto utile appartenente al fondo del vicino, e costituire una vera e propria costruzione abusiva nella parte che oltrepassa appunto il confine: ma può talmente essere concatenata pel fine la parte ubusiva con la parte legittimamente intrapresa, da non aver più ragione di esistere la parte costruita a buon diritto se l'altra parte abusiva dovesse rimanere soppressa. Data una situazione di questa specie, per nulla rileva che il vicino invasore debba del tutto rinunziare al suo disegno, per evitare l'illegittima invasione della proprietà altrui; ed ancor meno vale che egli sia o possa essere obbligato a limitare o a restringere il suo disegno per non riuscire molesto all'altra parte. Il rinunziare a un disegno, la cui conseguenza sarebbe l'ingiusta invasione dell'altrui proprietà, non significa rinunziare all'esercizio del diritto di proprietà sulla cosa propria; ma significa unicamente rispettare il diritto altrui di proprietà e così contribuire a quel contemperamento giuridico da cui non si può decampare nella sfera d'azione sociale. Nè è il caso di ricercare quale sia l'interesse predominante: se quello del vicino costruttore di avanzare la sua costruzione sul fondo del vicino per completare così in una perfetta unità di esecuzione e di disegno l'opera intrapresa, oppure quello dell'altro vicino di non soffrire che il proprio spazio soprastante alla zona territoriale, della quale ha il dominio, sia invaso dal prolungamento di una costruzione che ha origine nel fondo del vicino. Evidentemente prima della considerazione che attiene all'interesse economico e patrimoniale di entrambi i vicini e alla destinazione che essi dànno o possono dare ai loro fondi, viene la considerazione della integrità del diritto rispettivo. E, poichè la integrità di un diritto viene prima della ragione dell'interesse, evidentemente non si può arri-

Digitized by Google

dere troppo ad una destinazione o ad un disegno per quanto ingegnoso e serio, se prima non si fissano o se fissati non si rispettano i limiti del diritto che si contrappone a quel disegno. Di fronte alla integrità del diritto infatti deve cedere qualsiasi altra considerazione, qualsiasi altro interesse. In questi casi anzi, quando cioè la bellezza e la praticità di un disegno si spinga fino ad invadere la spettanza del vicino, la soluzione più logica e più naturale è che noi dal vicino acquistiamo la zona sulla quale deve andare ad estendersi la nostra costruzione nella parte sporgente. Se il vicino non consente alla cessione, non si può per altro costringervelo, perchè l'utilità non è pubblica, bensì privata e come utilità privata deve trovare tutti i mezzi di adempimento che alle utilità private si addicono per la sistemazione dei rispettivi interessi. E qualora i privati non riescano a trovare la via dell'accordo, nulla vi può la legge o il giudice, e molto meno il potere pubblico; poichè il principio è che non si possa trar profitto dal diritto di proprietà quando si comincia a ledere la proprietà del vicino che ha diritto ad eguale rispetto, ad egual tutela e ad eguale utilità per sè, tenuto pur conto della diversa destinazione data all'uno e all'altro fondo. Come si disse, nessuno dei due diritti predomina sull'altro, ma tutti e due meritano lo stesso rispetto e la stessa tutela: e ciò quantunque, tirate le somme, l'uno di essi valga più o meno dell'altro, economicamente considerato ossia per la utilità che esso reca o può recare a colui al quale spetta. Il danno pertanto che si arreca alla proprietà del vicino o il pericolo in cui il vicino incappa per effetto dell'operato dell'altro suo vicino sono elementi costitutivi o fondamentali di questo rapporto, che, quando non è legalizzato dalla convenzione tra le parti o quando non è stabilmente costituito in forza della prescrizione, deve considerarsi sempre come abusivo e quindi meritevole di essere represso od eliminato nelle migliori forme di legge. Nè il danno potenziale in questa specie di rapporti è meno considerevole del danno reale o influisce diversamente nel determinare la posizione giuridica o antigiuridica così da una parte come dall'altra o nel cambiare la natura dei rimedi che possono essere accordati per ristabilire l'equilibrio nei rapporti tra le due proprietà vicine.

Digitized by Google

28. Vi sono due principî generali o due leggi fondamentali che si completano a vicenda, nella materia dei rapporti tra proprietà e proprietà vicine: uno di essi è quello di non invadere in qualsiasi modo e sotto qualsivoglia forma la superficie, lo spazio sovrastante e il sottostante nel fondo del vicino. Questo è il principio fondamentale, ma può veramente discutersi non circa le modalità della sua applicazione, bensì piuttosto circa alle regole che possono servirgli di complemento e quasi di conferma. L'invasione materiale certamente si sa che cosa sia e come possa estrinsecarsi, in quali atti o fatti esterni sia traducibile: non vi è d'uopo di parole per dare un'idea precisa del contenuto di essa. La violazione della legge fondamentale della non-invasione a volte e a seconda dei casi può dar luogo ad un'azione penale e altre volte ad un'azione meramente civile, o anche ad entrambe; in tal caso, sotto un aspetto o sotto un altro, non è difficile avere un ristabilimento dello stato illegalmente e abusivamente violato. Le discipline della piena reintegrazione del diritto di proprietà sono abbastanza note per abbisognare quì di un commento speciale. Ma, guardando la cosa un po' pel sottile, l'invasione di una proprietà vicina non soltanto può essere l'effetto di una manifestazione reale e materiale, bensì anche può avere correlazione con una manifestazione virtuale. Esaminando per vero la posizione dei fatti in un modo diverso dalla semplice costruzione meccanica del concetto giuridico ed emancipandosi inoltre dal significato letterale delle parole, è facile comprendere come un soverchio avvicinamento possa anche assomigliarsi molto ad una vera e propria invasione e talora terminare addirittura con questa. La distanza è dunque un mezzo per prevenire l'invasione diretta o indiretta, col corpo solido o coll'ombra di esso; e questa legge si può applicare tanto agli edifizi principali e alle piantagioni, quanto alle sporgenze, corpi o parti avanzate degli uni o delle altre. La distanza delle sporgenze o corpi avanzati dell'edifizio è diretta anche allo scopo di evitare l'incomodità della vista prospiciente da vicino a vicino, allorchè una tale sporgenza consista in un balcone o in un passaggio a livello o in altro qualsiasi manufatto praticato in una casa o nelle adiacenze della medesima; è diretta per evitare ombre, rifiuti di so-

Digitized by Google

stanze organiche, stillicidi e molteplici altre condizioni o posizioni di servitù o suscettibili di essere elevate all'importanza e alla forma di servitù. E però, di fronte allo scopo della legge e tenuto presente un contenuto minimo della servitù prediale o del rimedio accordato per evitare che una tale servitù si costituisca, il divieto d'invadere il fondo vicino non ha punto natura o indole diversa dal divieto di spingere gli avancorpi di una fabbrica ad una distanza minore della fissata nella legge o nel regolamento. La consuetudine del resto, in questo campo di proibizioni, ordinariamente non ha importanza di sorta; certamente poi non ne ha quante volte non sia richiamata e applicata dalla legge e dal regolamento che soprintendono a quel genere di rapporti giuridici e di rapporti di fatto. Ed è cosa ben naturale. La legge della non-invasione si potrebbe anche tradurre nella legge della confinazione, ossia nella regola che impone limiti certi e definiti tra due proprietà che sono a contatto; delle quali l'una non può nè deve compenetrare nell'altra. Così naturalmente avviene che non vi possano essere a rigore, tra due proprietà, delle vere e proprie zone neutre, vale a dire impenetrabili dall'uno e dall'altro proprietario e fuor del dominio di entrambi i confinanti; quantunque possano esservi delle liste di terra al confine, sulle quali nè l'uno nè l'altro dei confinanti abbia il coraggio o assuma la responsabilità di un'occupazione, nell'incertezza a quale dei due ne spetti il dominio.

Per altro, se questa è la posizione di fatto, ben altra deve essere la posizione di diritto: ed una benefica quanto opportuna revisione di confini toglierà agevolmente il dubbio intorno alla spettanza di questo territorio che nessuno dei due vuole fino a che non è sicuro di avervi buon diritto. E così ad uno stato di diritto in parte negativo succederà uno stato di fatto completamente giuridico, legittimo e positivo, e sarà tolta di mezzo persino la possibilità di un conflitto tra proprietari confinanti: ciascuno di essi si potrà coscientemente trattenere nella propria sfera di azione senza commettere nè temere di commettere illegalità di sorta. Ad ogni dubbio posteriore poi si rettificano i confini e si ristabilisce la sicurezza e la fiducia nel diritto rispettivo; talchè può dirsi che, tranne circostanze speciali di cataclismi od

Digitized by Google

altre di simil natura, se cambiamenti posteriori vi sono nella circoscrizione delle proprietà confinanti, questi cambiamenti non possono ad altro ascriversi fuorchè a desiderio di violare le ragioni del proprio vicino, ossia di ledere il diritto nella sua estensione territoriale. Vieppiù dunque allora deve risaltare l'intenzione di ledere il diritto dell'altra parte e di aspirare ad una situazione di fatto del tutto anormale; poichè, se, accertati i confini, si violassero con invasione sul territorio del vicino, questa invasione non potrebbe significare certamente delle intenzioni oneste e giuridiche. In altri termini, l'invasore dovrebbe dirsi quasi messo in mora per la fatta delimitazione dei confini, in modo da non poter più tardi egli invocare, per quello che possano valere, nè l'ignoranza del diritto, nè l'ignoranza del fatto. Nè vi è bisogno di un divieto giuridico espresso, mentre la semplice ragion naturale basta a far comprendere ad uno dei due proprietari che, se la linea di confine tra i due fondi è stata legalmente determinata, non si può violare senza una patente violazione del diritto e della ragion naturale medesima, anche senza riferimento ad una speciale disposizione del Codice o di altra legge o di un regolamento quale che siasi. Se invasione fosse ammessa da proprietà a proprietà, talchè ogni ragion di limiti avesse a riuscir vana, si verrebbe a concludere con un comunismo parziale, limitato alla zona di confine, e per naturale conseguenza all'abolizione del vero e proprio concetto di proprietà, la quale è di per sè eminentemente esclusiva e non ammette intromissioni estranee, molto meno poi intromissioni materiali e corporali. La stessa argomentazione, benchè molto attenuata, si dovrebbe poi applicare anche alle sporgenze di rami o di radici; poichè il principio rimane sempre unico e importa che il proprietario sia lasciato completamente libero di esplicare la sua azione nel territorio sottoposto al suo dominio, senza che altri glie ne porti impedimento di sorta alcuna oppure venga a contrastargli il campo dei suoi disegni, appositamente designato per l'attuazione di un dato piano di destinazione o di coltivazione.

Ora, finchè vi è un contenuto di fatto il quale contrasti col diritto del vicino, non importa neppure ricercare una precisa intenzione dolosa di ledere il diritto del vicino stesso:

Digitized by Google

quando pure l'intenzione medesima non venisse a scaturire dal fatto, resterebbe sempre chiaro il contenuto d'una situazione abusiva e quindi meritevole di una repressione, di una proibizione. Quando la sistemazione dei confini ha già avuto luogo, occorrerebbe trasportarsi sul terreno della servitù prediale e l'invasore, per giustificare, apparentemente almeno, la propria invasione, dovrebbe poter addurre un diritto o un fatto di lunga osservanza sanzionato dal diritto. Non per nulla, nè senza ragione un vicino può oltrepassare il confine evitando la taccia di violatore e di male intenzionato; per lo meno gli occorre un pretesto purchessia, un tentativo di coonestamento, una scusa che abbia almeno qualche apparenza di legittimità: ma nessuno può dire di esercitare un diritto che non ha, senza il pericolo di passare per disonesto, per illogico e forse anche per buffone o poco serio; tenuto pur conto delle abitudini e dell'ambiente che nella condizione dei proprietari rurali o territoriali inducono ad imprimere un carattere di serietà e di stabilità a tutti i rapporti fondiari e vicinali. In quell'ambiente tutto spira regola, sistema, correttezza, riflessione: le stesse consuetudini sembrano fatte apposta per evitare gli abusi e le insidie dei vicini e dei lontani; ed esse si abbarbicano con sì grande costanza e tenacia nelle abitudini della vita rustica, che sarebbe più facile rimuovere dei macigni anzichè scuotere dalla loro base quelle consuetudini, le quali sembrano divenute quasi necessarie per il regolare svolgimento dei rapporti tra proprietari vicini. E, quantunque tali consuetudini non riguardino nè il fatto di un vicino che penetra nel terreno dell'altro vicino, nè le conseguenze di questo fatto, tuttavia contribuiscono a costituire il contenuto dell'ambiente nel quale le cose nuove non sono accolte nè con entusiasmo e neppure con tolleranza: ogni spostamento, ogni cambiamento delle antiche abitudini deve essere giustificato, riconosciuto, sanzionato e dal diritto e, più ancora, dalle abitudini legalizzate ovvero riconosciute dal diritto. Quanto sia difficile decampare da queste tendenze dell'ambiente, facilmente lo può intendere chiunque anche per poco abbia avuto agio di occuparsi di cose rustiche, di questioni sorte e svoltesi per proprietà rurali, di sistemazioni di rapporti di vici-

Digitized by Google

nanza, di eliminazione di abusi o di stati precari di cui da una parte sia negata e dall'altra parte pretesa la continuazione. Persino accade che, quando una disposizione chiara del Codice sia trovata un po' brusca e sconveniente agli interessi delle parti, queste di buon accordo e talora anche per tacito accordo vi deroghino senza sforzo di sorta e senza neppur mai pensare di far richiamo a quella disposizione di legge dalla quale deriverebbe o potrebbe derivare un assetto diverso ma meno concorde e armonico colle abitudini del paese e colla sistemazione vagheggiata uniformemente per regioni e zone di terreno, le quali possono benissimo essere sottoposte od esposte, per le forze d'ambiente, a consuetudini diverse.

Altra legge, come si disse, è quella delle distanze: ma questa non sta proprio ad eliminare gli inconvenienti di una invasione materiale, bensì a prevenirli e a farne di meno. Serbando le distanze prescritte dalla legge o dal regolamento locale si elimina per lo appunto ogni pericolo di futuro conflitto e si concilia nel miglior modo possibile il diritto dell'uno dei due proprietari con quello dell'altro: talchè senza conflitti o collisioni di alcuna specie, il contemperamento apparisce permanente ed evidentissimo. Del resto, il terreno di perfetta reciprocità, in cui i due vicini si trovano, elimina di pianta ogni lamentela ed ogni piato, perchè la reciprocità è argomento di eguaglianza perfetta. E, misurandosi la distanza stessa dal confine, evidentemente essa è qualche cosa come di accessorio alla confinazione stessa e ne ripercuote quasi in sè tutta l'importanza territoriale: talchè, se si avesse in mente una fila di alberi o di altre opere equidistanti dal confine, la linea delle opere stesse tornerebbesi parallela alla linea del confine, quasi come un confine più interno e più riposto nel territorio di uno dei due vicini. Evidentemente, se ad un dato momento il confine si spostasse, si sposterebbero anche i termini delle distanze e dovrebbero spostarsi anche le piantagioni o i manufatti, qualora dopo questa novità mancasse la distanza prescritta dalla legge o dal regolamento. In tutto ciò v'ha qualche cosa di simmetrico e quasi di geometrico, da soddisfare anche la parte più delicata della nostra mente giuridica e da rispondere anche alle ragioni della

Digitized by Google

critica più minuziosa: talchè non si saprebbe proprio, pure quando la legge parla di cautele, quale cautela maggiore si possa adottare della distanza, e magari di una distanza maggiore di quella che si richiede in circostanze normali e con opere le quali non includono uno speciale pericolo. Soprattutto non si comprende come si possa venire a questo, che una cautela determinata possa sostituire la distanza o farne le veci con uguale o maggior efficacia nel senso di prevenire gli inconvenienti che possono derivare dall'abuso volontario della vicinanza oppure anche soltanto da un'esplicazione troppo egoistica del diritto di proprietà. Ma appunto il rapporto di vicinanza si estrinseca colla regolarità del confine e colla distanza dal confine stesso: due elementi questi i quali sembrano completarsi a vicenda e tendere entrambi alla identica mèta di salvaguardare gli interessi di due proprietà, allorchè sono poste a contatto l'una dell'altra.

Quale e quanta sarebbe o potrebbe essere l'anarchia o il disordine allorchè le piantagioni o le costruzioni si praticassero verso la linea di confine senza alcuna regola di distanza, è facile del resto intuirlo: poichè allora, come ragione di priorità nell'usufruire di taluni benefizi inerenti alla proprietà del suolo sulla zona del confine stesso e a scapito dell'altro confinante, non resterebbe se non la priorità del tempo in cui la costruzione o la piantagione si facesse: la qual cosa non pare sufficiente trattandosi di due diritti di egual natura e di cui sarebbe facile assicurare lo sviluppo consecutivo, mentre invece è difficile mantenere e regolare la coesistenza e l'esplicazione contemporanea in modo da non recar danno a nessun diritto e a nessun interesse. Insomma la questione del temperamento o anzi contemperamento dei due diritti non vuol essere virata di bordo od evitata per mezzo di una paurosa invocazione della circostanza di tempo, ma vuol essere affrontata e risoluta con coraggio e senza indecisione; non guardando alla priorità dell'opera o costruzione o sporgenza, ma bensì alla legittimità della sporgenza stessa come contenuto del diritto di proprietà e come complesso di facoltà legittime la cui esplicazione può avvenire in qualunque tempo senza trovar dopo maggiori ostacoli di prima.

Digitized by Google

Pur nondimeno non mancherà la priorità del tempo di rappresentare un precedente contrario alla costituzione d'una nuova servitù, qualora se ne sia già costituita legittimamente una vecchia che potrebbe cozzare con la nuova: e ciò soprattutto allorchè si tratta di servitù costituita per convenzione, ossia con piena cognizione di causa in entrambe le parti che assentono alla costituzione di essa come a fatto voluto per interesse reciproco e le cui conseguenze sono intieramente previste in tutta la loro estensione e per tutta la durata loro ch'è indeterminata, siccome dipendente da una causa perpetua. In tale ipotesi, come abbiamo già riconosciuto, allorchè una delle parti si è indotta ad assentire alla menomazione del proprio diritto, non può in seguito muover doglianza se l'altra parte, in adempimento di quanto fu convenuto, esercita il diritto di proprietà in guisa da menomare il diritto di proprietà del vicino: poichè altrimenti la convenzione rappresenterebbe un controsenso, un'opera inutile, un'ipocrisia da sua parte. Ma perchè appunto le convenzioni debbono essere fatte ed eseguite in buona fede, ne consegue che la parte costretta ad una distanza maggiore della legale oppure la parte che è stata esonerata dall'obbligo di ogni distanza non può, ad un dato momento, contro la convenzione invocare la legge, quella stessa legge alla quale colla convenzione ha inteso derogare, perchè non era più del suo interesse d'invocarla e farvi adesione e perchè appunto il suo piano consisteva nel prendere una strada diversa e nell'avvisare ad una sistemazione diversa da quella designatagli dalla legge e cominciata forse ad attuare in principio del nuovo indirizzo del rapporto giuridico. Questo significa che la legge delle distanze non è una legge d'ordine pubblico, alla quale non possa per convenzioni private derogarsi.

Inoltre, se bene osserviamo, la legge delle distanze non è la legge propria delle sporgenze o degli sporti; le sporgenze o sporti, quando sono in essere, trovano ostacolo fondamentale nella disposizione che prescrive la non-invasione del suolo altrui: la distanza rappresenta una prescrizione anteriore al verificarsi della sporgenza e quindi non più che una misura preventiva per evitare la sporgenza stessa, non

Digitized by Google

già per eliminarla del tutto. S'intende che, prescrivendo e mantenendo la regola della distanza, non si ha a temere invasione di sorta di sporgenze dall'un fondo sull'altro; sporgenze non se ne potranno mai verificare, ma saranno impedite sin dalla radice loro, sin dal loro inizio.

Ma, d'altro canto, se non vi fosse la legge di distanza per le costruzioni, quante di queste, dapprima senza sporgenze oltre la linea di confine, potrebbero in seguito essere adornate di ringhiere, balconi, loggie od altri accessori che potessero effettivamente costituire una sporgenza sul fondo vicino!

E allora, se l'edificio non fosse alla distanza legale dal confine e la sporgenza penetrasse o fosse sul punto di penetrare nel fondo vicino stesso, il vicino non perderebbe già per la sporgenza il diritto di ottenere la comunione del muro violatore della legge sulle distanze, ma in queste sporgenze troverebbe senza dubbio un ostacolo materiale all'appoggio di un suo edificio sulla parete vicina. Gli è per questo, che noi dobbiamo studiare la concordanza delle due posizioni, delle due sistemazioni; e cioè di quella dell'edificio principale e di quella delle sporgenze che all'edifizio stesso sono come innestate e che da quello dipendono. Certamente, se queste sporgenze si potessero considerare come fabbriche o edifizi esse stesse, dovrebbero essere soggette alla legge delle distanze come le fabbriche o gli edifizi dai quali dipendono e dei quali formano accessioni: nè questo sarebbe fuor di luogo, avendo riguardo alla norma delle accessioni che seguono la disciplina delle cose principali. Ma non tutte le sporgenze si prestano ugualmente al trattamento delle accessioni riguardo all'edifizio dal quale partono, se si ha riguardo alla considerazione delle distanze in rapporto coll'altra soluzione della comunione del muro; perchè talune di queste sporgenze evidentemente mancherebbero della loro ragion d'essere, quante volte fosse attuato l'appoggio mediante la comunione del muro. Le grondaie, a mo' d'esempio, non potrebbero non eliminarsi, quante volte il vicino chiedesse la comunione del muro. E forse le ringhiere potrebbero sussistere ancora, allorchè nemmeno la parete, sulla quale si trovano (come a dire) innestate, fosse essa stessa alla distanza

Digitized by Google

legale? E qualsiasi altra sporgenza, in legno o metallo, potrebbe essa essere superstite e mantenersi tale dopo l'attuazione del muro comune? Dunque, qualsivoglia sporgenza, sia pure in muratura, può esser demolita allorchè si preferisce di appoggiare il proprio edifizio contro l'ultimo muro, il più interno, il quale come tutti gli altri formanti avancorpo verso la linea di confine si trovi fuori dei limiti della distanza.

Senza dubbio, poichè il corpo con i suoi avancorpi sono fuori della distanza legale, nulla vieta al vicino di addossarsi al corpo principale demolendo gli avancorpi in modo da procurarsi una parete completamente piana dalla quale trar profitto: perocchè, in caso diverso, ben sarebbe agevole al primo costruttore di sottrarre dalla comunione legale la parete della sua casa praticandovi delle sporgenze, a ridosso delle quali, evidentemente, il vicino confinante non potrebbe trovare nè comodo nè pratico e nè tampoco possibile di addossare una parete di nuova fabbrica. Dunque, anche non potendo decampare dal rapporto di accessione che indubbiamente queste sporgenze presentano rispetto all'edifizio dal quale esse partono, ci sembra che queste sporgenze, allorchè l'edifizio da cui spiccano trovasi in regola colla distanza, non possono in alcun modo ledere la regola delle distanze per conto proprio (e ciò quantunque accessioni di un edifizio principale che trovisi in regola colle distanze stesse), perchè non possono come l'edifizio principale offrire la possibilità di una comunione del muro e perciò debbono considerarsi sotto altro punto di vista che quello non sia dell'accessione. Difatti la regolarità dell'edifizio principale non può coprire l'abuso delle sporgenze. E ciò quante volte una tale regola di distanze sia il prodotto o della legge stessa o del regolamento locale, oppure di una speciale convenzione tra le parti. In tutti i casi, a parte la distanza, senza d'uopo nè di legge nè di regolamento nè di convenzione, noi dobbiamo ritenere vietata ogni immissione da un fondo nell'altro.

29. Ma vi è differenza tra la sistemazione obbligatoria dei vegetali sporgenti da un fondo all'altro e quella del materiale inorganico che si trovi nelle stesse condizioni di fatto?

Digitized by Google

E se differenza nella sistemazione giuridica vi è e vi deve essere, da che questa differenza dipende e come si esplica? Nello sviluppo vegetativo la funzione organica della pianta è limitata o suscettibile almeno di limitazione per l'operazione della potatura, ossia dell'amputazione compatibile coll'integrità dell'ulteriore sviluppo organico e della vita del tronco e degli altri rami o di radici o parti di rami o di radici non amputate. Trattandosi per contrario di sporgenza in legname o muratura o metallo, la cosa procede ben diversamente: l'amputazione significa diminuzione di corpo od abolizione completa della sporgenza amputata o della parte amputata, senza che quanto è stato tolto possa avere avuto od avere rapporto vitale di sorta con quello che resta e senza che vi sia una parte centrale organicamente legata o connessa colle parti discentrate sulle quali l'amputazione si pratica. Pur tuttavia di tutto quanto l'edificio, architettonicamente parlando o per lo meno dal punto di vista della destinazione, si può ritenere come costituito un corpo unico, le cui parti devono armonizzare in un disegno complessivo al quale per la loro destinazione stessa sono state preordinate. Ma non solo taluni fabbricati non hanno vere e proprie pretese architettoniche, bensì possono agevolmente piegarsi a cambiamenti architettonici d'ogni specie senza che possa temersene lesa la destinazione fondamentale (massime allorchè trattasi di accessori o parti sporgenti degli edifizi stessi); oltre a ciò l'amputazione od eliminazione delle sporgenze non presenta alcun danno per l'esistenza e la sopravvivenza del relativo corpo centrale.

Per contrario, una potatura mal fatta può benissimo esser causa della perdita completa della pianta alla quale appartengono i rami amputati; e quindi in questo caso un'abusiva immissione potrebbe esser causa di non lievi conseguenze per la parte che dovesse subire l'amputazione dei rami abusivi: e ciò anche qualora la pianta stessa, nel suo tronco, serbasse a sua volta dal confine la distanza prescritta. Poichè, in questa ipotesi, se si vuole amputare la pianta con una potatura oltre il limite prescritto dalle regole dell'agricoltura, naturalmente ne risente tutto quanto lo sviluppo della pianta stessa ed essa può facilmente deperire per questa

Digitized by Google

ragione fondamentale ed anche senza il concorso di altre cause concomitanti. Ma prendiamo la sistemazione di una sporgenza di materiale inorganico; una tale sistemazione potrà farsi senza danneggiare sostanzialmente il corpo di abitazione che rimane in regola con la distanza o che per lo meno non invade il territorio confinante. Se anche per questo dovesse rimanere lievemente danneggiato o anche soltanto scoperto qualche muro di fiacca resistenza, ad un tale inconveniente, che del resto non è se non il prodotto di uno stato di fatto abusivo, si può in seguito rimediare con opportune opere di robustamento e senza dubbio non sarà il caso di muovere doglianza per questa sopraggiunta necessità di cui non si è debitori ad altro fuorchè al precedente abuso. Qualche guasto, qualche contrasto col primitivo disegno architettonico e qualche contraddizione coll'armonia delle parti, di cui l'edifizio intiero si compone, non potrà in sostanza guastare l'unità dell'edifizio stèsso e la sua armonia complessiva; solo richiederà qualche lavoro e qualche piccola spesa, oppure cagionerà un depreziamento di lieve entità in confronto del valore che l'edifizio stesso avrebbe senza gli avancorpi o le sporgenze che si sono dovute sopprimere. In questa condizione di cose, dopo soppresse le sporgenze abusive, se la parete che resta non è alla distanza legale, se ne può anche chiedere la comunione e quindi può essere completamente utilizzata come avrebbe potuto esserlo prima che vi fossero praticate le sporgenze abusive di cui si tratta. Di più, ordinariamente, tali sporgenze poggiano del tutto sulla parete in cui sono praticate e non hanno alcuna fondazione nel sottosuolo, dove pertanto non può giungere alcuna modificazione o alcun forzato cambiamento della forma anteriore, per eliminare abusi che in quel sottosuolo non possono affatto verificarsi; ed è questa un'altra grande differenza con la sistemazione delle piante, la cui immissione vegetativa può avvenire anche per via delle radici, malgrado la perfetta regolarità del tronco e dei rami. Di più nei vegetali, non essendo sempre nè esattamente prevedibile l'espansione dello sviluppo così per i rami come per le radici, la parte di pericolo che può risultare al fondo vicino in causa della soverchia vicinanza d'una pianta non

Digitized by Google

può sempre calcolarsi neppur con sufficiente approssimazione, tanto da farci orizzontare sulle eventualità di una situazione futura.

Ecco perchè nelle piantagioni al confine, secondo la legge, occorrono assolutamente delle distanze; mentre, nella fabbricazione di edifizi in muratura, non occorre assolutamente la distanza e questa può essere sostituita invece dalla comunione facoltativa del muro, alla quale il vicino ha diritto allorchè la distanza stessa non è serbata secondo la legge; dappoichè si sa di positivo che, tranne il verificarsi di imprevedibili cataclismi tellurici, le fondamenta di una casa o di un muro non si muovono e restano sempre nel luogo in cui originariamente furono poste. Che cosa avverrebbe mai invece, se, non osservando l'uno dei vicini la distanza prescritta dalla legge per le sue piantagioni, l'altro vicino avesse eguale facoltà di violare ogni distanza e di appressarsi al confine a suo bell'agio? Con questo sistema ai confini si potrebbe benissimo costituire una specie di bosco, intrecciandosi i rami degli alberi di uno dei due vicini coi rami degli alberi dell'altro vicino e confondendosi anche le rispettive radici. Non solo la linea del confine potrebbe smarrirsi, a lungo andare, ma ciò potrebbe anche essere di pregiudizio per tutto quanto il sistema della coltivazione e per i cambiamenti successivi della coltivazione stessa; qualora in progresso di tempo uno dei due vicini avvertisse il bisogno di cambiare per lo meno parzialmente la destinazione del suo fondo. Ad ogni modo, non può approvarsi un disordine di questa specie, per rimediare al quale l'uno dei due vicini non abbia scelta tra il farsene complice o aumentatore e il reclamare l'adempimento delle distanze legali. Che per gli edifizi quest'alternativa si risolva più o meno frequentemente nell'approfittare della comunione del muro non significa nulla; basta che l'alternativa vi sia e che si possa farla valere scegliendo l'una o l'altra delle due soluzioni.

Per le piante non essendo possibile reclamare la comunione nè del tronco, nè dei rami, nè delle radici, non vi è che l'altro termine della soluzione; e cioè è possibile risolvere la controversia soltanto mediante osservanza delle di-

Digitized by Google

stanze legali e della legge inviolabile della non-immissione, anche se per caso questa avvenisse con tutta l'osservanza delle distanze legali stesse. Nè può paragonarsi lo sporto o l'avancorpo d'una costruzione in muratura od edifizio col protendersi dei rami ovvero delle radici di una pianta, neppure sotto altri punti di vista; ed anche perchè il nesso tra la pianta e i suoi rami o radici è ben più intimo che non tra il corpo principale di una fabbrica ed i suoi avancorpi. Se non altro, vi è la differenza tra la vita organica nell'un caso e la vita inorganica nell'altro. La vita organica delle varie parti di una pianta costituisce un *quid* unico e indivisibile, le cui parti sono organicamente indispensabili per il tutto, presso a poco al modo stesso come le gambe e le braccia sono indispensabili per la vita del corpo umano. Senonchè, vi è questo di differenza tra il corpo umano e il corpo vegetale: che cioè le membra del corpo umano non sono soggette ad amputazione organica e periodica come i rami delle piante; le quali ultime non si lasciano pienamente libere nello sviluppo dei loro rami se non quando si voglia abbandonarle alla vita selvaggia e non educarle ad un vero e proprio scopo di coltivazione per destinazione del padre di famiglia. Difatti gli stessi boschi presentano dei tagli periodici e rivelano appunto una destinazione, per quanto rudimentale, pur sempre accentuata dalla volontà del proprietario, a seconda della natura e delle consuetudini dei luoghi. Mancando negli edifizi il nesso organico vitale tra parte e parte, tra le parti e il tutto, non si può dire che coll'eliminarsi dell'una delle parti, si comprometta di certo l'esistenza del tutto: perchè ciò accada, almeno, occorre che si tratti di una parte essenzialmente connessa colle funzioni dell'intiero edifizio; il che non è quasi mai proprio dell'avancorpo, che si trova nell'edifizio quasi sempre in qualità di giunta e con funzioni accessorie e che trascendono dal campo delle funzioni alle quali è chiamato l'intiero edifizio per la sua destinazione precipua e fondamentale secondo l'intendimento di chi lo edificò. Se noi priviamo una casa destinata ad uso di abitazione civile o rurale di una terrazza che sporge sul terreno di un confinante, non per questo noi avremo reso la casa inabitabile; diversamente accadrebbe

Digitized by Google

se da quella parte si richiedesse la chiusura di finestre dalle quali entra luce nelle camere abitate. Ed allora passiamo nel tema delle luci e delle servitù di lume. Lo stesso sporto delle grondaie è superfluo e può evitarsi, perchè l'acqua di scolo può benissimo essere raccolta in tubi i quali vadano poi a sprofondarsi sotterra entrando nel sistema delle fognature e nella corrente per la quale ogni rifiuto si smaltisce e si elimina; e pur tuttavia vi sono talora degli edifizi rustici nei quali tali condotti metallici, interni od esterni nelle pareti, sarebbero di soverchio aggravio al costruttore, tenuto conto della poca importanza o della poca spesa della costruzione, la quale può anche non essere destinata ad uso di abitazione civile. In tale ipotesi l'eliminazione delle acque avviene quasi sempre sotto forma di stillicidio sull'altrui proprietà; e, se si tratta di un semplice e basso muro, lo stillicidio può essere anche di poco momento e di poco danno al vicino. Ma non per questo è da esigersi meno che in tal caso siano rispettati i diritti inviolabili della proprietà, nel rapporto di vicinanza: prima di costruire anche un muro basso e rozzo è d'uopo prevedere ogni danno che si possa arrecare al proprietario confinante e prevenirlo o eliminandolo del tutto o mercè un bonario accordo col vicino stesso per una sistemazione il meno possibilmente incomoda all'una e all'altra parte o per stabilire gli opportuni compensi al vicino danneggiato, per il caso che una servitù qualsiasi, e sia pure quella di stillicidio con sporgenza, debba inevitabilmente costituirsi tra i fondi vicini.

Le sistemazioni dei vegetali sono d'indole ben diversa dalle sistemazioni degli edifizi, dunque. Le sistemazioni degli edifizi, quanto a distanze dalla linea di confine, si riducono ad una semplice misura: e, allorchè si dice che le sporgenze di questi edifizi non devono oltrepassare la linea di confine, si fissa, in ogni sua più naturale applicazione, la regola che non è lecito al vicino invadere il terreno dell'altro vicino, nè occuparne gli spazi sotterranei nè gli spazi aerei soprastanti. La difficoltà sta però non tanto nel rimuovere il danno o indennizzarlo, dopo avvenuto, quanto piuttosto nell'avvisare al pericolo e nel tenerlo possibilmente lontano; e questo alla sua volta si riduce alle distanze, ma già si trova in un

Digitized by Google

campo d'azione che previene la sporgenza e alla sporgenza stessa è anteriore. Che, se noi giungiamo proprio nella fase vegetativa della pianta in cui la sporgenza si è verificata, evidentemente col dire che la sporgenza deve eliminarsi noi troviamo una soluzione assai sbrigativa e concludente, alla quale non si può contrapporre alcun palliativo nè alcuna misura d'importanza meno accentuata o che lasci sussistere l'inconveniente o ne faccia temere la riproduzione o la persistenza. Bene è vero che può trattarsi di una sporgenza meramente transitoria e con la quale non si pretenda di esercitare sul serio un vero e proprio atto di servitù attiva sul fondo vicino, e per effetto della quale il fondo vicino non sia messo proprio in condizione di temere la sofferenza dell'esercizio di un diritto di proprietà. Ma, dove non può neppure sorgere il dubbio di una concessione a precario o dove non si può invocare a pretesto la durata meramente transitoria, si è appunto nelle costruzioni in muratura che si sporgono sul fondo del vicino e per la parte di esse che corrisponde appunto ad una tale sporgenza. Queste sporgenze per la loro destinazione nella casa alla quale trovansi applicate, dànno a supporre un carattere di permanenza che non può in modo alcuno dissimularsi od escludersi o mettersi in dubbio. Or, di fronte a questo carattere di permanenza, occorre altresì un provvedimento decisivo e permanente; e questo provvedimento consiste nella piena eliminazione della sporgenza abusiva: eliminazione che non si comprende fatta se non a cura, o, quanto meno e in ogni caso, a spese del proprietario da cui partì la trasgressione del divieto della sporgenza stessa. Questo carattere di permanenza, mentre da una parte esclude uno stato di fatto precario, dall'altra parte offre quanto basta per la constatazione di quella che chiamasi la causa perpetua delle servitù prediali, poichè la sporgenza che esiste non si sa se e quando e perchè e come possa essere eliminata o soppressa per un cambiamento di destinazione nell'edifizio al quale la sporgenza stessa appartiene.

Or dunque ciò è ben diverso dall'abusivo sviluppo dei rami degli alberi; poichè questo sviluppo, quando si voglia, può benissimo essere raffrenato o contenuto mediante oppor-

Digitized by Google

tune potature od amputazioni della pianta nei rami i quali sporgono di soverchio, invadendo l'area del vicino. Se però il proprietario delle piante sporgenti insiste e pretende che quei rami bene a ragione sporgano sul fondo vicino e su quel fondo debbano proseguire a sporgere per sempre in forza di un diritto senza limiti di durata, allora evidentemente egli affaccia delle pretese di servitù prediale e queste pretese deve giustificare nel modo migliore perchè abbiano consistenza giuridica e fondamento sicuro, così in diritto come in fatto. L'altra parte può, dal suo canto, con una di quelle condotte di fatto le quali servono ad autorizzare una condizione di diritto, avere autorizzato l'acquisto della servitù di sporgenza grazie alla prescrizione; perciocchè dobbiamo ricordarci che si tratta di servitù continua ed apparente, il cui acquisto per la prescrizione è riconosciuto e ammesso dal Codice civile (art. 629). Quanto a difficoltà di prova della prescrizione trentennale, essa non è certamente maggiore di ogni altra prova della prescrizione in materia di servitù prediale continua ed apparente; e tutti i mezzi che si possono invocare negli altri casi si possono anche invocare nel caso della sporgenza dei rami, per venire alla conclusione di fatto della esistenza di un'opera o di un prodotto vegetativo che penetra dall'un fondo nell'altro. Non può dirsi che la causa perpetua sia eliminata dalla possibilità continua di una riduzione o potatura dei rami invadenti; perchè non è a questa possibilità che la causa perpetua si riferisce, bensì alla destinazione che alla pianta ed ai rami di essa ha voluto imprimere il proprietario della pianta stessa. Nè per questo interessa in modo assoluto che una serie o un filare di piante della stessa specie, situate sulla linea del confine, presentino tutte la stessa sporgenza di rami sul fondo vicino; poichè una destinazione di questa specie può anche risultare dalla sistemazione di un individuo isolato, mentre tutti gli altri mantengano la loro posizione normale e si trovino alla dovuta distanza o per lo meno rispettino da ogni invasione lo spazio appartenente al vicino. Nella sporgenza in materiale solido poi l'intenzione di prescrivere da un canto e di lasciar prescrivere dall' altro risulta ancor più evidente: inquantochè, per poca che possa esservene, vi è sempre

Digitized by Google

una qualche intenzione di sistemare architettonicamente la casa, che potrà stare anche senza la sporgenza, ma di cui la sporgenza stessa può ben fare parte integrante come di un disegno architettonico unico e indivisibile nelle sue parti costitutive, più o meno sostanziali che siano esse, più o meno indispensabili per l'unità del tutto, più o meno in rapporto diretto con lo scopo della costruzione. Questo dicasi ancora, ed anzi tanto più, se un balcone costituente la sporgenza sul fondo vicino sia stato costruito *delectationis causa* o *voluptatis gratia;* poichè una tale sporgenza indubbiamente fa parte di un piano di destinazione unico, al quale corrisponde appunto il disegno di prescrivere a danno del vicino e da parte del vicino può corrispondere l'intenzione di tollerare (con o senza corrispettivo) che la prescrizione stessa abbia luogo e si maturi ed entri nella sfera dei fatti che meritano consacrazione dal diritto. Nè è escluso che la servitù delle sporgenze in materiale, come quella delle sporgenze dei rami, venga ad acquistarsi per destinazione del padre di famiglia, il quale di un fondo unico originario in cui si trovino delle piante notevolmente sviluppate, ne faccia due ponendo il confine di essi fondi in modo che dall'uno i rami sporgano nell'altro oltre il confine stesso, senza che lo stato attuale dei fondi prima della loro divisione rimanga posteriormente per effetto della divisione medesima cambiato. Se poi ciascuno di questi due fondi va a cadere in mani diverse, naturalmente, la destinazione restando ferma come era prima della divisione dei fondi stessi, rimarrà all'uno dei due fondi nei rapporti coll'altro fondo una ragione di servitù prediale come se fosse stata costituita per titolo. Lo stesso dicasi allorchè si tratta di sporgenze in materiale: se, prima della divisione dei fondi, vi è un edifizio in cui si trovi una sporgenza di qualsivoglia specie e nella divisione del suolo il confine tra i due fondi si fa corrispondere proprio in modo che la sporgenza venga a soprastare al fondo al quale la casa non appartiene, in tal caso è evidente che il padre di famiglia ha voluto dar vita ad una servitù che i suoi aventi causa debbono necessariamente riconoscere come validamente costituita; anche perchè la sua apparenza, e, diremo quasi, evidenza, deve averli posti

Digitized by Google

perfettamente sull'avviso, allorchè essi acquistarono per qualsivoglia titolo i fondi confinanti o il fondo soggetto alla servitù dal proprietario originario. Laonde non si può lamentare questo avente causa, se un bel giorno si accorge che per destinazione del padre di famiglia egli sia obbligato a sostenere l'onere di una servitù passiva sulla porzione di fondo della quale egli stesso è divenuto proprietario; poichè, se la situazione di diritto non lo soddisfaceva, poteva egli benissimo rimanersi dall'acquistare il diritto di proprietà sul fondo gravato.

E questo, se può comprendersi soltanto con un certo sforzo per i rami degli alberi, si comprende invece ben più agevolmente per le sporgenze in muratura, che sono visibilissime e attestano assai agevolmente la presenza di un diritto e di una pretesa di un fondo sull'altro fondo; questo diritto e questa pretesa possono benissimo avere un rapporto o un nesso colla servitù prediale di cui si tratta, inquantochè forse non possono spiegarsi altrimenti, nè sarebbe il caso di fare l'ipotesi di un precario, dal momento che, per essere i due territori appartenenti già ad una medesima persona, non può concepirsi che taluno eserciti una facoltà inerente al diritto di proprietà per una concessione precaria derivante dalla persona dello stesso proprietario che conceda il precario a sè stesso.

D'altra parte, vi è pure il principio generale che non può l'avente causa sconfessare l'azione e le disposizioni del suo dante causa e le stesse obbligazioni dal medesimo assunte sulla cosa e per la cosa, specialmente se e quando questi impegni ad esso avente causa erano o dovevano essere noti al momento in cui l'acquisto avvenne. In tal caso, se una sporgenza esiste e se uno dei due fondi risultante dalla divisione di unico fondo originario fu acquistato con la sporgenza stessa, ciò vuol dire che l'acquirente del fondo su cui la sporgenza si trova ha acquistato l'area sottoposta alla sporgenza suddetta, menomata però dello spazio soprastante che corrisponde alla massa aerea o al volume o spazio occupato dalla sporgenza stessa; talchè le piante che per avventura sorgono o sorgeranno nella colonna sottostante che va fino alla superficie territoriale possono benissimo tro-

Digitized by Google

vare impedito o mozzato il loro sviluppo da questo impedimento sovrastante che ne arresta il progresso organico e ne impedisce la piena espansione. Per tal modo si ha un diritto parziale e ben limitato di proprietà; ma non si può mettere in dubbio che, specialmente trattandosi di sporgenza in muratura, la destinazione del padre di famiglia agisca nel senso di costituire un vero e proprio vincolo di servitù, che vuol essere riconosciuto nei rapporti tra acquirenti od eredi delle due parti territoriali che prima formavano un fondo unico indiviso.

30. Ha il vicino diritto alla amputazione o demolizione delle sporgenze inorganiche? E se l'ha per i rami degli alberi o per le radici degli alberi stessi, perchè non dovrebbe averlo anche per le sporgenze in muratura? Nel § III del cap. II, tit. III Cod. civ. si trovano precisamente alcune disposizioni, quelle degli art. 581 e 582, che concedono la facoltà di esigere dal vicino il taglio degli alberi o delle siepi abusive, oppure la facoltà di costringere il vicino stesso ad amputare i rami propri o la facoltà di tagliare da sè stesso le radici addentrantisi nel proprio fondo. Ma non vi ha una disposizione che autorizzi il vicino leso da una sporgenza in legname, muratura, ferro o materiale qualsiasi, a rimuovere la sporgenza stessa di sua propria autorità, di suo proprio arbitrio e senza l'autorizzazione del magistrato.

Il perchè di questa differenza si può certamente arguire solo che si rifletta alla maggior facilità di estirpare rami e radici di fronte alla minore facilità di demolire edifizi o parti di edifizi: una demolizione mal fatta invero può compromettere tutto quanto l'edifizio e renderne minore la solidità. Quindi sarebbe ben pericoloso voler lasciare questa demolizione alla balìa degl'interessati o dell'interessato, perchè senza riguardo, senza precauzione e magari prescindendo dalle sane regole dell'arte, si accinga ad una brusca rimessione *in pristinum* cagionando più danno con la sua demolizione di quanto ne cagionerebbe il vicino tenendo la sporgenza costante e inalterata per quanto abusiva. Per le piante, come si è visto, non è la stessa cosa: oltrechè la perdita di una pianta non è certamente danno da paragonarsi alla ro-

Digitized by Google

vina di un edifizio o al guasto dell'edifizio stesso che potesse terminare con la rovina di esso: la diversità, praticamente, potrebbe essere enorme e portare conseguenze incalcolabili. Dunque, da questo punto di vista, è d'uopo assolutamente evitare gli abusi e contentarsi di uno spostamento minore, di un ristabilimento del diritto leso con minori sforzi e senza pericolo di arbitrî. Ma sarebbe sempre questo il ragionamento da farsi anche se si trattasse d'una semplice grondaia o di un ballatoio o di una trave non ben mozzata o di altra consimile sporgenza di poca importanza e di poca mole? Si potrebbe distinguere, perchè diversa è la condizione di fatto, ma la distinzione a sua volta sarebbe pericolosa, perchè non vi ha una linea netta di demarcazione tra la lieve sporgenza e la grande sporgenza, e tutto può essere soggettivo, cioè dal punto di vista come la cosa si considera: taluno può ritenere di poco momento una sporgenza che altri può ritenere di grande importanza: tale altro può fare una demolizione del puro necessario, mentre altri potrebbe divertirsi, a semplice scopo di dispetto, d'andare più oltre e d'intaccare la proprietà del vicino anche nella parte che questa proprietà può avere di più legittimo e di più intangibile, di più modesto e di più onesto. V'ha di meglio: nello sviluppo vegetativo, dopo un'amputazione di rami o di radici, se si riconosce l'amputazione mal fatta, non è perduto nulla eccetto che pel momento (tranne che l'amputazione non si faccia in modo tanto brutale da compromettere l'esistenza stessa del tronco) e tutto si può riacquistare in prosieguo di sviluppo vegetativo; mentre nello sviluppo dei fabbricati, se si vuol ripristinare qualche parte tolta abusivamente, conviene rimetter mano al materiale e al cemento, ossia alla ricostituzione completa o reintegrazione muraria dell'edifizio stesso e delle parti di esso.

Qui non vi è dunque da fare alcun assegnamento sulle forze organiche dello sviluppo vegetativo; e perciò è il caso piuttosto di prevenire seriamente dei danni irreparabili e di togliere le cause originarie dei mutamenti arbitrari che possono anche susseguirsi senza interruzione e quasi per il naturale concatenarsi o susseguirsi degli eventi. E anzi più si procede nell'arbitrio e nella ragion fattasi dei privati, più

Digitized by Google

si rischia di peggiorare la condizione delle cose; perchè non è mai tanto difficile ristabilire l'equilibrio se non quando sono aggravate le condizioni del disequilibrio, e i perturbamenti troppo prolungati o il meno sicuro ristabilimento dell'integrità dei propri diritti rendono malsicuri i possessi, mal delineati i confini; talchè si formano persino delle apparenze per le quali lo stato di fatto può rasentare il contenuto di una servitù continua che si pretenda acquistata in grazia della prescrizione. E allora le indagini per la constatazione del buon diritto sarebbero o dovrebbero essere tanto accurate, da render la situazione, per lo meno proceduralmente, peggiore di quella che sarebbe stata se fin dapprincipio si fosse ricorso al rimedio giuridico, all'assistenza legale. È dunque miglior proposito farsi fin dapprincipio a sperimentare la via diritta, anzichè tornarvi per vie oblique e dopo avere enormemente deviato con sperpero inutile di tempo e di forze e con una procedura inconsulta e arbitraria: questa è materia di pura e semplice economia procedurale che trova sua applicazione senza difficoltà di sorta, anzi, s'impone come più direttamente e più dirittamente conducente allo scopo e più conforme alle regole della legalità e alle esigenze della procedura. Ma, se l'interessato alla demolizione o diminuzione del corpo di fabbricato facesse da sè quello che dovrebbe fare solo per ordine di giudice, però nei limiti del suo diritto e della legalità, potrebbe essere colpito dalla legge e dai giudici come violatore dell'altrui possesso, per quanto questo possesso sia illegittimo o proceda da origine impura? Un possesso che non merita tutela giuridica può, senza dubbio, essere turbato legittimamente senza che la turbativa in qualche modo dia ragione a reclamo neppure per danni: in specie poi quando l'altrui possesso illegittimo turbi il proprio possesso legittimo. Allora è proprio un caso molto affine a quello della reiezione della violenza; nel quale si ammette che *vim vi repellere licet.* Il principio infatti, generalizzato dal caso speciale della *vis*, può tradursi nell'altro che *iniuriam vel laesionem iniuria vel laesione repellere licet:* il qual metodo e la qual procedura per respingere da sè danni immeritati, se non è da approvarsi dallo

Digitized by Google

stretto punto di vista giuridico, non può neppure reprimersi o redarguirsi completamente siccome contrario alla legge.

Poichè al disopra di tutte le formalità della procedura civile vi è il diritto naturale, le cui imprescrittibili facoltà s'impongono validamente ad ogni legislazione positiva, noi non possiamo prescindere dal considerarlo come elemento vivo, più che di fatto, ma almeno di fatto e dal quale possono trarsi delle conseguenze giuridiche di non lieve momento e tutt'altro che lontane dalla misura finale che la logica impone ad uomini e a cose. Vuol dire che l'eccesso nella ripristinazione arbitraria del proprio diritto rimane tutto a rischio e pericolo di chi arbitrariamente effettua una demolizione di tali sporgenze abusive e ne risponde quindi personalmente e direttamente: una sola cosa resta ferma, ed è che l'arbitrio non si reprime o non espone a risarcimenti come tale ma bensì per le sue eventuali esorbitanze dalla sfera del diritto e per le attinenze colla individuazione giuridica del caso speciale, anche considerato dal punto di vista pratico. Poichè è d'uopo altresì considerare una circostanza: che cioè questa arbitraria demolizione o amputazione dell'altrui sporgenza non è fatta soltanto nè soprattutto allo scopo di intaccare il campo dell'altrui spettanza, ma bensì ricorre in occasione dell'esercizio del diritto proprio e di questo esercizio è una conseguenza diretta e implicita e inevitabile e inseparabile. Gli è per questo che il solo fatto dell'essersi eseguita la demolizione di proprio arbitrio, senza avere ecceduto in essa e senza aver leso il diritto del vicino, non espone senz'altro l'autore al risarcimento dei danni, nè lo costituisce per ciò solo responsabile di violenza e molto meno lo squalifica di fronte all'esercizio del suo diritto di proprietà, il quale resta sempre inalterato e intatto: più che non possa essere censurabile chi per raggiungere una stessa mèta seguì una via anzichè un'altra, un cammino più tortuoso anzichè un cammino più diritto, una strada a levante anzichè una strada a ponente, ma con tutto ciò non perde la mèta stessa; salvo a giungervi prima o dopo, in un modo o nell'altro, in questa o in quella occasione. E se in siffatta via obliqua si sono causate delle lesioni secondarie, per guisa che vi sia luogo alla soddisfazione di qualche risarcimento,

Digitized by Google

il risarcimento stesso non guasterà punto la legittimità della demolizione dello sporto abusivo. Questo accadrà, a mo' di esempio, quante volte per giungere sul punto dove esiste la sporgenza e per darvi di martello o di piccone, si dovrà calpestare il semenzato o l'ortivo del vicino; oppure su questo stesso terreno si dovranno far cadere i pezzi staccati dalla sporgenza abusiva.

Infatti è possibile che questi inconvenienti possano verificarsi, oltrechè sul terreno proprio di chi procede alla demolizione o distruzione anche sul terreno ove esiste la costruzione che si demolisce o distrugge; e che l'inconveniente stesso sia destinato ad avere qualche strascico anche durevole magari per via indiretta. E allora, se vi sono risarcimenti da fare (anche il risarcimento del resto è discutibile, dal momento che gli inconvenienti sono tutti la conseguenza più o meno diretta di uno stato abusivo in cui il preteso danneggiato si troverebbe; per la qual cosa di solito la possibilità dei risarcimenti è limitata all'eccesso nell'opera della demolizione o nei mezzi adoperati per effettuarla), si fanno: ma accordare questi risarcimenti non significa punto mettere in dubbio la legalità della demolizione, quantunque espressamente non prevista nè autorizzata da alcuna disposizione testuale del Codice. Ma questi danni non si riconnettono alla loro causa determinante, la demolizione, per far risalire fino ad essa ciò che nei danni stessi vi ha di illegale e di censurabile; anzi, per contrario, la perfetta legalità della demolizione e della intenzione di chi attuò la demolizione stessa non può non ripercuotersi sui danni per tal guisa prodotti allo scopo di ristabilire il diritto per racchiuderli, in quanto è possibile, nel *moderamen inculpatae tutelae* della proprietà di chi vi dette origine. Evidentemente, se una ragione di tolleranza vi dev'essere, questa ragione di tolleranza deve essere più per il ristabilimento del diritto di proprietà che non per la tutela dell'abuso o della violazione di quello. Ma il diritto non deve allontanarsi, possibilmente, dalla giusta misura e deve sapere e poter reprimere gli eccessi tanto da una parte quanto dall'altra, perchè la priorità della violazione sul ristabililimento dello *statu quo ante* e sull'affermazione in genere dello stato legittimo non autorizza nè punto

Digitized by Google

nè poco un eccesso in senso opposto e quindi una posteriore violazione del diritto e della spettanza o proprietà individuale.

Senza dubbio, tali ricerche non sono punto oziose. Quando tra vicini si sono aperte le porte all'emulazione, non si può sapere dove si vada a finire. Nella migliore ipotesi, sarà necessaria per una volta almeno e sotto una forma semplice ed elementare l'ingerenza e la pronunzia del giudice: forse una volta sola egli pronunzierà sulla vertenza, ma una volta dovrà farlo. Non è sperabile che in tale stato di cose e di animi le parti finiscano di buon'accordo, quantunque la materia del contendere possa tra esse ridursi ad un nonnulla, ad un mero giuoco di piccolezze e di puntigli. La materia certamente poi si presta alle intenzioni litigiose e alle controversie interminabili le quali in sostanza non si fondano su di un interesse proporzionato al rischio e all' incomodo dei litiganti e al fine del litigio. Ottima cosa è quindi e molto consentanea all'economia dei giudizi e allo stesso interesse delle parti eliminare le cause di simili controversie, oppure, se eliminare del tutto non si possono, ridurle alla minima quantità e alla più semplice espressione; specialmente richiamando le parti alla vera ragion del contendere e al fondamento proprio della controversia. Si può essere sicuri che, ponendo la scure alla radice, tutto il resto della controversia viene a risolversi di conseguenza o per consenso senza che facciano d'uopo altri provvedimenti speciali diretti a risarcimenti o al ristabilimento di anteriori posizioni di fatto o di diritto che si ritengano a torto violate: la cosa che non va si è di moltiplicare siffatti risarcimenti in modo che la loro entità complessiva sia maggiore dell' entità del diritto che vuolsi ristabilire, perchè in tal caso, se pure si serbassero le regole rigide del diritto, non si adempirebbero però le saggie norme di economia giuridica, in forza delle quali il mezzo non deve eccedere il fine. Ma è qui appunto che la legge civile può ben poco senza il prudente arbitrio del giudice; perciocchè sono tanti e così molteplici e svariati i casi pratici, da non potersi abbracciare sotto regole fisse e determinate di sicura e precisa applicazione in qualunque fattispecie pratica. Pur tuttavia, quando non si può

Digitized by Google

a meno, l'equilibrio si deve ricondurre attraverso a qualsiasi sforzo e con qualsivoglia, per quanto lungo, cammino; se anche la strada è viziosa, è tortuosa, il necessario è di raggiungere la meta e di ristabilire il diritto leso, e ristabilirlo nella sua integrità, nella sua pienezza; eliminando gli effetti abusivi per risalire alle cause genuine e legittime che debbono caratterizzare e delineare quel dato rapporto di vicinanza che ne consegue.

La demolizione, senza dubbio, rappresenta un mezzo eroico indispensabile per il ristabilimento dello *statu quo ante;* ma può esser fatta in modi diversi: quando il giudice indica questo mezzo, non si può adottarne un altro se non d'accordo tra le parti. Ma chi deve eseguire la demolizione stessa? Evidentemente quella delle parti che ha creato lo stato di fatto irregolare e abusivo deve contribuire ad eliminarlo, a cambiarlo, a correggerlo: questo è nella logica delle cose e non si cambia per sofisma umano. La parte che è danneggiata dalla sporgenza abusiva non può trovar comodo d'incaricarsi essa della demolizione se non in quanto teme che l'altra parte possa adempiere imperfettamente o insidiosamente all'obbligo della legge per modo che il lamentato inconveniente non sia tolto di mezzo o non sia tolto di mezzo come si deve. Ma, se il risultato è identico, certamente non è il caso di andare pel sottile e distinguere che la demolizione sia stata fatta dall'uno o dall'altro. Le spese della demolizione poi, com'è evidente, debbono esser poste a carico di chi fu l'autore della sporgenza illegale; ma, in pratica, sovente la questione delle spese può essere del tutto secondaria e quasi insignificante: questo in ispecie allorchè si tratta di sporgenze di poco conto alle quali non si dà importanza di vere e proprie costruzioni perchè tale importanza non meritano. Talora, in luogo di una vera e propria demolizione, basta una semplice amozione di una trave o di una sporgenza o di un manufatto mobile: nel qual caso non s'incontra neppure una spesa considerevole e forse nessuna spesa. Ma sorge piuttosto la domanda se una sporgenza mobile o posticcia possa contenere quella causa perpetua, che si dice necessaria sempre per costituire gli estremi di una servitù prediale; e la risposta stenta ad essere affermativa, anzi in

Digitized by Google

via di massima è negativa. Una trave può costituire una parte indivisibile di una costruzione, ma può anche essere posta a giacere e quasi depositata sopra un muro od un tetto. Se sporge un mozzicone di questa trave nel fondo del vicino, conviene dunque distinguere. O questo mozzicone di trave è incorporato con un muro od un edifizio ed allora partecipa della stabilità del muro o dell'edifizio ed offre pertanto una posizione di fatto da cui può scaturire la perpetuità della causa: ed in questo caso noi dobbiamo riconoscere la presenza di una servitù prediale o il tentativo d'una servitù prediale magari illegale ma che intanto è d'uopo combattere in modo duraturo e cercando non abbia a risorgere. O il *tignum* è semplicemente deposto su di un muro o edifizio qualsiasi e sporge nel fondo del vicino, e allora si tratta di uno stato di fatto che di regola non importa alcuna pretesa di servitù ma costituisce semplicemente un incomodo o una molestia per il vicino. In quest'ultimo caso l'amozione della trave non richiede neppure che il vicino danneggiato si porti nel fondo del vicino danneggiatore e che vi agisca violando i diritti della proprietà, più o meno direttamente, con o senza intenzione di violarli: egli può dal suo fondo stesso spingere indietro la trave mobile e metterla per tal guisa perfettamente a posto. Non conviene quindi esagerar le cose senza necessità e sembra partito ottimo lasciare che le faccende si accomodino nel modo più semplice e più breve.

Se si trattasse di gettar via dei sassi abusivamente accumulati dal vicino sul fondo dell'altro vicino, non vi sarebbe altro da fare che respingere i sassi stessi oltre il confine: ed ora che si tratta di allontanare una sporgenza, basta una spinta e la spinta può darsi senz'altro, nè l'altra parte può risentirne alcun danno, poichè *qui iure suo utitur neminem laedit.* Qui il giudice non è chiamato a intervenire, purchè il proprietario confinante non ecceda i limiti della tutela della sua proprietà approfittando della circostanza favorevole del suo diritto per intaccare il diritto del vicino: ma, ripetiamo, eccesso in questi casi tanto semplici non può aversi senza una diretta intenzione emulatoria. Ed anche se il vicino danneggiato dalla sporgenza la fa talmente retrocedere da penetrare alquanto addentro al di là della linea di con-

Digitized by Google

fine, non sarà questo un danno nè grave nè irreparabile; perchè il proprietario della sporgenza stessa potrà sempre ridurla al punto giusto eliminando così ogni difficoltà ed ogni lesione e tenendosi al giusto esercizio del suo diritto di proprietà. Come fare interessare il giudice di queste miserie? Converrebbe davvero che egli non avesse altro da fare di maggior momento e che egli fosse costretto ad occuparsi di piccole faccende quasi nell' interesse spicciolo di privati i quali sentano a volte di abbisognare della tutela di una persona o di più persone, se non più forti, più autorevoli di lui. La tutela del magistrato non è però ai dormienti o a quelli che vogliono dormire purchè egli ne guardi i sonni, ma ai vigilanti. Tra emulazione e iniziativa vi è misura; sono come due elementi di cui l'uno rappresenta una degenerazione dell'altro. Ed è la degenerazione e l' abuso che noi dobbiamo reprimere e che il giudice deve aver mezzo di eliminare e di costringere nei giusti confini del lecito e dell'onesto: ma è pur da tener conto che più facilmente si può perdonare all'eccesso nella difesa che non al sentimento di offesa, perchè reazione non sarebbe se offesa non vi fosse. Quanto al mantenere le proporzioni tra l'offesa e la difesa, questa è circostanza che deve interessare la società e a cui il giudice, nei casi più gravi, non può rimanere certamente estraneo: l'equilibrio che da queste proporzioni risulta è facile però anche ad ottenersi con la buona volontà delle parti. La comodità precaria, anche se adempita egoisticamente, può importare che una trave oltrepassi il confine e invada lo spazio aereo corrispondente alla superficie del terreno del vicino, ma, qualora ciò sia proprio necessario per lavori di edificazioni o per altre ragioni transitorie ma che si riferiscono a intraprese di maggior momento in confronto colla sporgenza di cui si tratta, allora sarebbe regola buona richiedere il proprio vicino acciocchè tolleri precariamente la sporgenza, magari offrendogli un compenso a questo scopo. Se tra i vicini vi è ruggine e interposizione di comuni amici non può mitigare le angolosità reciproche, in tal caso meglio è astenersi dalla sporgenza o farla durare pochissimo tempo allo scopo di rimuover la causa di questioni giuridiche e di violenze private. Se il vicino non se ne accorge (e questo è possibile,

Digitized by Google

perchè non sempre egli si troverà a vigilare sulla linea del confine), tutto finisce nel miglior dei modi possibili senza conseguenze dannose e senza pericoli: il ristabilimento dello *statu quo ante* segue a breve distanza dalla sua violazione e nell'intervallo nessun disordine si è verificato. Non si può escludere che la sorpresa entri alquanto in tale procedimento; ma conviene anche notare come, la sporgenza non presentando una causa perpetua, la transitorietà di essa costituisca piuttosto una violazione di possessorio che non una lesione del petitorio, e inoltre che si fa prima a ristabilire volontariamente lo stato di cose sulla linea di confine, violato mercè la sporgenza, anzichè a lasciarvisi indurre dalle ingiunzioni del giudice, o dall'altra parte ad invocare queste ingiunzioni per evitare danni e pericoli. A cose fatte, poi, sono inutili recriminazioni, se pure non si sono realmente prodotti danni al vicino colla sporgenza: e verrebbe quasi la voglia istintiva di applicare anche qui la massima *de minimis non curat praetor*, nel senso che il giudice, invocato per una riparazione postuma, non deve lasciarsi prender la mano dall'attore ossia dal proprietario sul cui fondo la sporgenza ebbe luogo, per liquidare a lui favore delle somme fantastiche in postumi risarcimenti, conservando per ogni riguardo quella moderazione e quella giusta misura che sono le compagne di ogni azione riparatrice affidata al potere sociale.

31. Quali saranno i mezzi per provvedere al ristabilimento del diritto violato coll'effettuare abusive sporgenze (e tutte le sporgenze sono abusive) sul fondo del vicino al di là del confine? Si daranno azioni petitorie od azioni possessorie? Queste ultime potrebbero tendere a ristabilire lo stato di fatto anteriore all'abuso della sporgenza, ma certamente non risolverebbero del tutto la controversia, nè produrebbero una sitemazione definitiva del rapporto vicinale. Si tratterebbe sempre di una soluzione provvisoria. Tuttavia, per le cose già dette nella parte generale, in materia di servitù prediali non è esclusa la tutela del possessorio o del quasi-possessorio: se le servitù non fossero oggetto di quasi-possesso, e soltanto in questo caso, sarebbe esclusa la tutela possessoria. Il perchè colui che ha diritto alla sporgenza oltre il confine e sul fondo

Digitized by Google

altrui può chiedere la manutenzione di questo suo quasi-possesso, ogniqualvolta egli ne riconosca la necessità o l'opportunità: ed allora egli eserciterà tali azioni possessorie o quasi-possessorie senza alcuna difficoltà e del tutto naturalmente. Egli così tornerà ad esercitare a titolo di semplice possesso il diritto di sporgere il *tignum* o il pezzo in muratura o in grondaia sul fondo del vicino, ed eserciterà questo diritto non più soltanto di propria autorità, ma inoltre in forza di un diritto riconosciutogli dal giudice e quasi consacrato dall'autorità della legge. Per intanto, fino a che la controversia tra i vicini non accenna a spostarsi dalla sede possessoria, si ha o si può avere un provvedimento sufficiente a sistemare gli interessi reciproci da una parte e dall'altra. Nè resta assolutamente escluso che talora con un simile *modus vivendi* possessorio e senz'altro si riesca a sistemare una posizione che può essere fonte d'interminabili controversie tra le parti. Senonchè, allorquando comincia a battere alla porta la prescrizione del possesso o del quasi-possesso della servitù, si vede la necessità di ricorrere ad una sistemazione definitiva ossia ad una sistemazione che non abbia tratto soltanto dal possedere ma bensì anche dalla ragione della proprietà.

Intanto però, come si disse, la sistemazione del possesso o quasi-possesso della servitù è possibile ed anche può essere proficua, se e finchè siasi considerevolmente lontani dalla maturazione del periodo necessario a prescrivere. Le parti possono non essere disposte ad una discussione in petitorio, che rappresenterebbe il vero e proprio nucleo della questione di merito: e allora per il minor male si può anche ricorrere alla semplice tutela del possesso. Se si prova un legittimo stato di fatto, anche di fronte ad un' eccezione petitoria e fino a che questa non si risolve e risolvendosi non investe anche la questione del possessorio e non l'assorbe, quello stato di fatto naturalmente può e deve esser reso oggetto di una tutela giuridica con mezzi diversi dai designati alla tutela del petitorio. Il risultato sarà quello che potrà essere, ma un certo risultato dovrà necessariamente ricavarsene; una specie di tregua potrà essere imposta ai piati reciproci dei due vicini, in attesa che essi, appoggiati a salde ragioni di merito sostanziali, attacchino il fuoco di fila nel petitorio.

Digitized by Google

Nè si può negare il quasi-possesso delle servitù prediali, anche perchè la servitù prediale in ultima analisi rappresenta un *modus* nel possesso del fondo al quale appartiene come qualità o esplicazione compenetrata nell'esercizio del diritto di proprietà sul fondo stesso: e, se quasi-possesso vi è, naturalmente debbono ammettersi le azioni possessorie o quasi-possessorie. Se e fino a qual punto questi mezzi gli convengano, può l'interessato, ma l'interessato soltanto, decidere, regolandosi nel modo che meglio crede ed esaminando la posizione propria dal punto migliore che crede: poichè può anche darsi che, posto sull'avviso da una decisione in possessorio, l'avversario non attenda che la questione sia portata in petitorio per mettersi in regola coi suoi doveri di vicinanza e per eliminare tutte le opere dannose al vicino. Specialmente nelle campagne, infatti, non è raro il caso che un proprietario si lasci impressionare da una piccola condanna e per questa si metta in condizione di evitarne una grande, anche se quella piccola condanna non gli tolga la possibilità di una maggiore rivincita. Ma, per la sporgenza, trattandosi di servitù continua ed apparente, è anche possibile l'acquisto per mezzo di prescrizione; e perciò più che mai apparisce opportuno l'uso del petitorio come di un rimedio definitivo per risolvere la controversia di mio e di tuo. E, ricorrendo al petitorio, come si disse, non vi è ragione di continuare nel possessorio, perchè il possessorio vi resta assorbito e così viene a rendersi inutile, superfluo dopo l'esperimento del petitorio. Vero è che la prescrizione può anche opporsi in petitorio come modo d'acquisto del diritto di servitù: ma, se prima si ricorse al mezzo possessorio e per questo mezzo venne a stabilirsi la illegittimità o il carattere abusivo del possesso della sporgenza, non resterà che da opporre in petitorio la cosa giudicata quanto al possesso per escludere il decorso della prescrizione la cui base è il possesso legittimo. Togliamo di mezzo il possesso legittimo ed è pur tolta di mezzo la possibilità della prescrizione.

Or di possesso legittimo naturalmente non si può discutere in sede più acconcia della possessoria: evidentemente però la cosa giudicata è sempre tale anche di fronte al petitorio, pur se emanata in sede possessoria. A questo riguardo

Digitized by Google

noi non sappiamo comprendere l'imbarazzo di alcuni, i quali, dinanzi alla distinzione tra petitorio e possessorio, stentano a rendersi conto degli effetti di una decisione in sede possessoria nel campo petitorio e temono di essere accusati di confusione, d'ignoranza, di poco accorgimento per lo meno, se non si ricordano di mantenere sempre rigorosamente distinti i due campi di procedura e di contenuto giuridico. Vi è infatti una specie di convenzione scolastica per tenere rigorosamente e assolutamente separati i due campi, quello del petitorio e quello del possessorio, con una scrupolosità veramente degna di miglior causa e spinta all'eccesso, fino quasi all'incoscienza, fino a violare forse senza volerlo l'unità del diritto giudiziario e dei mezzi di procedura. Una pronunzia in possessorio, che abbia acquistato autorità di cosa giudicata, non può non aver pieno ed intero vigore per tutti i riguardi, anche in quanto importi una designazione di possesso legittimo e per conseguenza di possesso usucapibile e convertibile in contenuto petitorio con questo speciale mezzo d'acquisto, munito dei requisiti tutti dalla legge prescritti. Si pretende poi che possa venir fuori un'altra regiudicata che contraddica alla prima senza il vieto inconveniente del *bis in idem* e si pretende che questo *bis in idem* non si avveri sol perchè la citazione è stata redatta in un modo anzichè in un altro, sol perchè si è prescelta una sede anzichè un'altra di giudizio, sol perchè si è voluto sistemare giuridicamente uno stato di fatto anzichè chiedere che lo stato di fatto corrispondesse alla posizione di diritto? Evidentemente, la distinzione non regge di fronte al contenuto, al dispositivo della sentenza passata in vigore di giudicato: non si può cambiare ciò che vi è stato stabilito in forma irretrattabile e pronunziando su di una controversia tra le stesse parti le quali poi contendono in petitorio. Nè con questo può ritenersi che il possessorio invada il petitorio nè che il petitorio si lasci invadere dal possessorio; soltanto conviene riconoscere che tra l'uno e l'altro campo vi è un nesso logico e organico inevitabile, per quanto vi è e vi dev'essere nesso tra il possesso e la proprietà. Per togliere ogni influenza tra possessorio e petitorio, converrebbe toglierla addirittura tra possesso e proprietà: il che è impossibile e as-

Digitized by Google

surdo anche dal punto di vista del diritto esterno e del diritto pratico; dal momento che, in condizioni normali, il possesso costituisce appunto la rivelazione più naturale e più appariscente della proprietà, considerata questa nella sua fase di manifestazione, nella sua produttività economica, nella utilità che arreca al proprietario e per gli usi della vita e per gli usi del commercio. In una parola, a che servirebbe la proprietà se non fosse accompagnata dal possesso? La proprietà sarebbe nuda, ma tale dovrebbe essere per contrapporsi al possesso come contenuto giuridico: mentre non è punto cosa ordinaria che la proprietà sia nuda ossia spogliata dalle utilità del possesso, quasi come un semplice dominio diretto a tipo più o meno feudale. Ora dunque, se noi abbiamo riguardo alla posizione normale dei diritti e dei rapporti patrimoniali, non si presenta di grande momento per il rapporto di proprietà o di servitù la questione del possesso della cosa in proprietà o del quasi-possesso della servitù, specialmente quando si voglia parlare di servitù acquistata per mezzo di prescrizione, ossia di un lungo possesso legittimo convertito in sostanza petitoria per il verificarsi dei requisiti a ciò dalla legge richiesti. Del resto, per quanto attiene alle apparenze e al giudizio della gente che non conosce il diritto, anzi pur di quelli che posseggono nozioni giuridiche ma ai quali manca tempo e modo per fare una vera e propria inchiesta *de iure proprietatis*, le esteriorità del possesso, per il momento almeno, sembrano rilevazione sufficiente di proprietà e manifestazioni di un diritto magari maggiore e più vasto di quello che in effetto è. Queste esteriorità, specialmente nelle zone campestri, tendono a confondere il godimento di un diritto colla effettività o colla legalità del diritto stesso: diguisachè per dimostrare che alle apparenze non corrisponde la sostanza, talora è d'uopo ricorrere ad una dimostrazione poco accessibile all'intelligenza dei villici, i quali difficilmente possono entrare nelle differenze sottili tra il campo petitorio e il campo possessorio, tra il diritto propriamente detto e il fatto, tra una sistemazione provvisoria ed una sistemazione definitiva dei territori. Noi non diremo già che dov'è ignoranza si abbiano nè più nè meno che i responsi del senso comune: ma intendiamo dire che il

Digitized by Google

diritto non può del tutto prescindere dalle condizioni dell'ambiente.

Ammettiamo e riteniamo nonpertanto la distinzione tra petitorio e possessorio, sotto alcuni punti di vista, anche nel campo delle servitù prediali: ed ammettiamola pure non tanto per omaggio alle tradizioni teoriche, quanto piuttosto per dar piena soddisfazione alle richieste di tutti gli interessi, pur nell'adempimento dei mezzi designati alla tutela del diritto. Vuol dire che noi non possiamo nè *a priori* nè per tutti i casi designare così senz'altro quando convenga portare la cosa in petitorio e quando piuttosto convenga mantenerla in possessorio; il proprietario che vuole agitare la questione della sporgenza, o per mantenerla o per eliminarla, deve sapersi regolare da sè. Senza dubbio, una sporgenza, appena introdotta, verso il fondo del vicino ha molti punti di somiglianza con la nuova opera della quale si può fare la denunzia in un campo procedurale che se non è nei limiti del possessorio, al possessorio per lo meno più che al petitorio si avvicina. E forse, se la sporgenza stessa fosse di una certa entità, non sarebbe fuori luogo il trattarla piuttosto come una nuova opera che come un vero e proprio tentativo di servitù prediale: si potrebbe senza dubbio raggiungere egualmente lo scopo di eliminare la sporgenza nociva, senza ingolfarsi in discussioni su di un terreno alquanto scabroso, e che può anche dar luogo ad incidenti e a difficoltà di prova. Nel caso invece di denuncia della nuova opera il giudice, giusta l'alinea dell'art. 698 del Codice civile, non ha che da prendere sommaria cognizione del fatto: questa sommaria cognizione non è il prodotto di una rigorosa prova testimoniale certamente, ma per essa può anche essere sufficiente l'interrogatorio delle parti o del solo convenuto, il quale, messo alle strette, tenterà di giustificarsi, ma raramente negherà il fatto e la posizione di fatto, esponendosi ad una pericolosa smentita che potrebbe venirgli dalle deposizioni testimoniali od anche dal sopraluogo del perito o del giudice. Ma allora il convenuto, se ha delle pretese di servitù, può contro la denunzia di nuova opera e contemporaneamente o dopo la risoluzione della relativa contestazione trascinare la vertenza sul campo del petitorio e far questione

Digitized by Google

dell'esistenza o meno della servitù, cioè della limitazione al diritto di proprietà a causa del rapporto di vicinanza. E allora, se la denuncia di nuova opera si vuol ritenere diversa dal campo possessorio, si potrà dire di aver saltato senz'altro nel petitorio; nè senza frutto, perchè in sostanza, trattandosi di proprietà e delle sue limitazioni, il divagare fuori del petitorio sembra quasi senza costrutto, inquantochè non serve a troncare la questione nella sua radice e a sistemare definitivamente il contestato rapporto di vicinanza. Tutto sta dunque nel compiere lo sforzo in una volta e intieramente sin dapprincipio, anzichè mandarlo in lungo per indolenza o per evitare noie e spese sin dapprincipio: nel preferire una posizione ben netta e definita ad una posizione che si delinea e si definisce grado grado e lentamente; nel fornire al giudice, in contraddittorio tra i due avversari, gli elementi di cui si riconosce la necessità per venire ad una determinazione e delineazione completa di tutta quanta la vertenza.

E notisi che pur nel caso in cui il proprietario di un fondo su cui si verifica una sporgenza sia in procinto di venderlo e quindi non abbia molto interesse da un canto per sostenere delle brighe lunghe e dispendiose, vi è l'apparenza della servitù che può danneggiare seriamente i suoi affari allorchè si tratta di alienare il fondo; dappoichè non è presumibile che il compratore prima di far l'acquisto non visiti il fondo stesso e visitandolo non si accorga della sporgenza e non ne chieda spiegazione al venditore. Vero è che una remozione temporanea della sporgenza stessa basta a togliere ogni possibilità di sospetto e d'altra parte è compatibile con una sistemazione in solo possessorio o anche in materia di denuncia di nuova opera, senza richiedere necessariamente una definizione petitoria. Ma nelle vendite immobiliari non è rara la clausola per la quale il venditore garantisce al compratore il fondo siccome esente da ogni servitù e da ogni gravame immobiliare come da ogni ipoteca: talchè, al momento della contestazione con colui il quale affaccia le pretese di servitù prediale, può il venditore stesso essere chiamato a sostenere la libertà e immunità completa del fondo da ogni vincolo o gravame di questa specie, perchè, se a tanto non si estendesse la sua garanzia per l'evizione,

Digitized by Google

non si saprebbe come altrimenti o con maggiore efficacia potesse esser tradotta in effetto. Dunque prorogare la definizione della vertenza sulla causa della servitù non equivale ad eliminarla; non equivale neppure a togliere di mezzo le responsabilità e le difficoltà per il proprietario alienante. La conclusione di tutto ciò è che, trattandosi di limitazione al diritto di proprietà, la stessa convenienza vi è per ricorrere al mezzo petitorio, di quanta ve n'ha allorchè si tratta di sistemare un rapporto di proprietà.

Certamente, non si può negare nè la manutenzione nè la reintegrazione nel possesso della sporgenza a chi pretende di esercitare a buon diritto quella data servitù di cui si fa parola e che cade in controversia. Nella parte generale vedemmo infatti quanto sia esatto riconoscere l'esperibilità delle azioni possessorie in tutti i casi di servitù prediale, della quale sia turbato o comunque contrastato il possesso; nè qui ci è nulla da aggiungere o da modificare a quanto ivi fu detto. Ma v'è quasi una ragione di più per ammettere l'opportunità del possessorio nel nostro caso speciale della sporgenza: ed è che molte volte, allorchè si tratta di sporgenza mobile, il vicino che si ritenga danneggiato dalla sporgenza stessa, non chiederà già l'autorizzazione o l'ordinanza del giudice per rimuoverla, ma la rimuoverà da sè stesso in attesa che il vicino, se ha il coraggio del proprio abuso, cominci egli a mettere in moto per il primo l'azione giudiziaria; dappoichè nei giudizi non è certamente la stessa cosa essere attore ed essere convenuto. Ed allora, se la sporgenza non è abusiva, chi la praticò ben si può limitare, allo stato delle cose, a domandare che per intanto tutto ciò venga ad essere restituito allo stato pristino. Ma per ottener questo deve egli dimostrare che il suo possesso era legittimo e quindi azionabile; la qual dimostrazione non è sempre tanto più facile della dimostrazione della proprietà, da rendere ragionevole una dilazione della questione grossa ed una soltanto parziale sistemazione, quasi a titolo provvisorio, della controversia vicinale. Errerebbe però chi ritenesse difficile o imbarazzante l'azione possessoria per trattarsi di servitù e quindi non potersi alludere che ad uno stato di quasi-possesso: poichè, come si è visto nella parte generale, la stessa

Digitized by Google

possibilità di adattamento del sistema possessorio dalla proprietà alla servitù magari con l'attenuazione del quasi-possessorio, corrisponde alla possibilità dell'esperimento delle azioni possessorie attenuate e trasformate in quasi-possessorie.

Adunque, procedendo spediti e senza impaccio per quanto concerne la costruzione procedurale, non resta che far ricerca della convenienza pratica caso per caso, con un esame individuale, particolare, ed anche soggettivo in rapporto con gli interessi e il modo di vedere di ciascuno individualmente.

Una sola proibizione vi è: quella cioè di far rientrare il petitorio nel possessorio o viceversa, e di confondere l'uno coll'altro ordine di procedura, l'una coll'altra finalità di azione giudiziaria: ciò sempre quanto alla forma e salvo lo scopo sostanziale di far riconoscere in confronto col vicino un diritto contestato, o a favore o contro l'esercizio della servitù. Se poi, esaurito un mezzo minore, si viene a riconoscere la insufficienza di esso a rispondere allo scopo dell'attore, si può senza dubbio mettere in opera il mezzo maggiore e così completare, per modo di dire, la dotazione pratica del proprio diritto. Ma s'intende che, se si comincia dal mezzo procedurale maggiore, molte volte non sarà più opportuno nè richiesto di adottare il mezzo procedurale minore e di ritornare sulla questione sotto un punto di vista parziale: ciò evidentemente per il motivo che col mezzo maggiore si viene ad investire quasi tutta intiera la materia della contestazione, tanto più che non cade nè può cadere in controversia la modalità del possesso, generalmente (la sporgenza è sempre sporgenza), bensì il contenuto del possesso, che corrisponde d'ordinario al contenuto petitorio della servitù in rapporto colla proprietà della cosa alla quale si riferisce la servitù stessa. Così il possesso e la proprietà quasi sempre non fanno che prospettare due faccie di una medesima contestazione oppure, se vuolsi, prospettare una medesima questione sotto una luce diversa, con una finalità specifica diversa, per uno scopo immediato più o meno eguale. La questione, trattenuta sul campo preciso del possessorio, d'altra parte fa quasi sempre sospettare un espediente diretto a conseguire una equivoca e non sempre dovuta utilità del momento quasi di sorpresa sul diritto più forte del vicino.

Digitized by Google

32. La giurisprudenza romana conosceva la *servitus proiiciendi et protegendi* e distingueva tra l'una e l'altra di queste due servitù. La *servitus protegendi* riguardava soltanto il diritto di far sporgere una tettoia dalla parete propria sulla colonna d'aria soprastante al fondo del vicino, mentre la *servitus proiiciendi* consisteva nel diritto di fare inoltrare un' estremità del proprio edifizio, fosse balcone, sporto o galleria, sul fondo del vicino, senza dargli appoggio di sorta su questo fondo o su edifizio alcuno situato nel fondo stesso. Nella l. 242, § 1, Dig. 50, 16, GIAVOLENO volle insistere su questa differenza desumendola dall' opinione di LABEONE, il quale volle che *proiectum esset, id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia moeniana et subgrundae. Moeniana* sarebbero propriamente i balconi, le gallerie aperte e gli sporti verso gli edifizi; e il nome verrebbe dal censore *Maenius* o *Menianus*, il quale per primo avrebbe fatto porre simili gallerie aperte poggiate su colonne nel mercato per i pubblici giuochi. Si dice però che questa non sia che una specie della *servitus proiiciendi:* resta ad ogni modo che il *proiicere* consiste in una sporgenza quale che siasi, ma sfornita di appoggio o privata di un appoggio che aveva in precedenza. Quanto alle *subgrundae*, non diverse (checchè se ne dica) dai *subgrunda* (si tratta delle grondaie propriamente dette), esse servono per togliere il pericolo che l'acqua piovana bagni la parete dell' edifizio sul quale altrimenti verrebbe a riversarsi: in questo caso si ha il *protectum*, che, dal punto di vista logico e *de iure condendo*, si può considerare nè più nè meno di una specie del *proiectum* generico. L'essenziale è tener ferma la differenza tra *proiectum* e *protectum* da una parte, *immissum* dall'altra; poichè nei *Posteriori* di LABEONE, richiamati da GIAVOLENO in loc. cit., si dice che *immissum est quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti ligna, trabes, quae immitterentur.* E poichè il concetto romano dell'*immissum* o dell'*immissio* è venuto sostanzialmente anche a far parte del nostro sistema legislativo e della giurisprudenza moderna, nel senso di richiedere un'azione e un'influenza da fondo a fondo ben più intensamente esplicata che col semplice *proiectum* o *protectum*, questa distinzione di GIAVOLENO e di LABEONE noi dobbiamo

Digitized by Google

considerare come riprodotta anche oggi e come valida senza rettifica o modificazione. Non è a meravigliare d'altro canto che LABEONE siasi preoccupato soltanto della distinzione tra *proiectum* ed *immissum* ed abbia trascurato il *protectum*; sia perchè nel *proiectum* rimane più accentuato il carattere d'invasione da un fondo ad altro fondo per i caratteri esterni e per l'intenzione di chi lo pratica, sia perchè nel *protectum* risalta di più l'intenzione di allontanare soprattutto dalla propria casa un inconveniente ovvero uno stato di pericolo o di molestia.

Questo è tanto notevole, che sembrerebbe perfino possibile di ammettere, con un'adeguata regolamentazione, la *servitus protegendi* nel novero delle servitù legali o necessarie; o, per tenerci ad una maggiore proprietà di espressioni, nel novero delle limitazioni legali della proprietà. Invece la *servitus proiiciendi* non rivela la necessità di un accessorio al fondo, che senza di esso potrebbe rimanere pregiudicato nello scopo della sua costruzione: un balcone, uno sporto, una galleria non sono opere necessarie alla conservazione della parete della casa, cui sono applicati, dall' azione eventualmente e lentamente dannosa delle acque che vi grondino o possano grondarvi. La distinzione è chiara e logica: che se LABEONE l'ha dimenticata o trascurata per fare il contrapposto tra *proiectum* e *immissum*, intendendo per *proiectum* anche le *subgrundae*, egli lo ha fatto non già per disconoscerla, ma appunto per evitare complicazioni e impacci nel confronto ch'egli voleva istituire tra l'una e l'altra forma di invasione del fondo vicino. Quindi di *proiectum* contrapposto a *protectum*, con un facile piano di generalizzazione, ha fatto un *proiectum* più ampio che comprendesse anche il *protectum* e con esso potesse contrapporsi quasi in blocco all'*immissum*. Ma, terminata questa funzione di contrapposto, naturalmente si può e si deve tornare alla distinzione tra *proiectum* e *protectum* dipendentemente dalla varia intenzione del violatore e dalla varia importanza della violazione della proprietà altrui: poichè altro è sporgere una semplice tettoia, ed altro certamente sporgere un balcone od una galleria. È differenza d'intensità dapprincipio, ma che per la diversità dello scopo si riverbera altresì nella diversità del contenuto, quale infine

Digitized by Google

si rivela attraverso la classificazione o distinzione romana: ma, dal punto di vista generale per molti riguardi, certamente una tale distinzione, lungi dall'accentuarsi, si vuole invece attenuare finchè è possibile, specie allorchè si tratta di contrapporre il *proiectum* all'*immissum*, la proiezione all'immissione come due fatti di natura dissimile e ben diversa tra di loro. All'infuori di questa funzione, deve certamente notarsi che la *servitus protegendi* andava considerata col contenuto di *protectum habere supra domum alienam*, come si trova in l. 29, § 1, Dig. 9, 2. A proposito della legge Aquilia i compilatori giustinianei riportarono infatti un frammento edittale di ULPIANO: *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere, Proculus scribit; debuisti enim mecum, ius mihi non esse protectum habere, agere, nec esse aequum, damnum me pati recisis a te tignis. Aliud est dicendum ex scripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, iure suo posse eum interdicere; et merito, interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.* Questa decisione, che potrà essere interessante pei rapporti tra la *lex Aquilia* e il possessorio, non è proprio rispondente alla nostra opinione pratica sopra manifestata: senonchè può dirsi che, pure ammettendo in teoria la soluzione ulpianea, in pratica gli interessati non credano affatto opportuno di approfittarne, appunto per timore di suscitare un vespaio provocando una eccezione, che può anche diventare riconvenzionale, avente per iscopo di constatare la illegalità ed irregolarità od abusività della loro condotta.

Altrimenti, converrebbe proprio supporre un colmo di audacia o di cretineria in chi cogliesse a volo l'occasione per ricorrere alla sanzione della legge Aquilia; talchè è proprio il caso di considerare la risoluzione di ULPIANO come una di quelle risoluzioni che quasi mai sono destinate ad aver seguito nei fatti e a tradursi in contenuto pratico, reale, e che solo toccano le alte cime del diritto come mezzi di esercitazione o come risultati di dialettica. Sarebbe stato interessante per certo indagare quante persone in effetto, trovandosi dal lato del torto, avrebbero riconosciuto la conve-

Digitized by Google

nienza di far ricorso al rimedio della legge Aquilia; e certamente il novero di queste persone non doveva essere considerevole, come non sarebbe stata cosa logica esporsi ad un'eccezione della parte contraria: eccezione per la quale non solo perderebbero il benefizio della loro azione, ma dovrebbero anche rimetterci e peggiorare la posizione in confronto di quella che era prima della contestazione giudiziaria. Sarebbe allora un giuoco da ragazzi il dover cedere terreno più che non se ne sia guadagnato; e ciò soltanto per la soddisfazione di spuntarla in principio e di far vedere che si vale a far rimettere le cose in pristino e a rintuzzare la correzione dell'abuso, anche se ciò debba indurre a mettere più in risalto l'abuso stesso e ad essere con pari sollecitudine obbligato ad eliminarlo. È quello un frammento del quale non ci è dato renderci ragione a sufficienza; nè, per esagerata venerazione ai responsi degli antichi giureconsulti, noi dobbiamo ritenere cosa ineccezionabile e sacrosanta quella che è uscita dalla loro penna più come sforzo ingegnoso di esercitazione retorica talvolta, che non allo scopo di metterci sotto agli occhi un vero precetto di vita pratica del quale ci possiamo servire pel nostro vero interesse. Al responso di ULPIANO noi adunque sostituiremo i responsi del buon senso e della logica; nella convinzione che nessuno vorrà farcene una colpa (1).

---

(1) Non sarebbe perciò da stupirsi se, nello stesso diritto romano, si fosse seguito un altro criterio e si fosse data un'altra risoluzione per la *servitus tigni immitendi*, come risulta dalla l. 27, Dig. 9, 2, nella quale POMPONIO dice: *sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes, et ex hoc aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum sit, nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere.* Il *rem perdere* non sarà mai un *libertatem praedii amittere*, come ritenne il CUIACIO. Dal punto di vista del commento letterale, la diversità della conclusione adottata nella l. 29, § 1, e nella l. 27, Dig. 9, 2, è accennata dal rescritto di SEVERO che si richiama nella prima delle due citate leggi per la differenza tra il *protegere in suo* e il *facere in alieno* (questo è il caso dell' *acquaeductus traiectus*), ossia l'*aliquid immissum* e l'*aliquid protectum*. Ma, se si riflette che tra *immissum*, *proiectum* e *protectum*, sia o non sia l'*immissio* una cosa stessa colla *proiectio*, rispetto alla violazione del diritto del vicino, non v' ha questione che di più o di meno nella quantità del danno, resta sempre poco accettabile la giustificazione di ULPIANO, come poco accettabile o per lo meno poco plausibile ne è l'opinione anche per la parte che può avere in contrasto

Digitized by Google

La *servitus protegendi* è di certa esistenza nel diritto romano. CICERONE, nel cap. 4 della *Topica*, ne tratta con le parole: *quod parietis communis tegendi causa proiicitur, ut ex tecto eius aedes qui protexerit aqua deflueret.* In questo frammento ciceroniano sembra si usino promiscuamente il concetto di *proiectio* o *proiectum* e quello di *protexio* o *protectum;* la qual cosa si spiega considerando il *protectum* come una specie del *proiectum.* Taluno volle sostenere che per *paries communis* debba intendersi parete divisoria, estrema ed esterna. Si richiama all'uopo la l. 4, § 10, Dig. 10, 1; ma noi non vediamo chiaro che qui, rifiutandosi l' *actio finium regundorum* nei fondi urbani perchè questi *communibus parietibus plerumque disterminantur*, mentre i fondi rustici presentano veri e propri confini, s' intenda per ciò che parete comune non debba spiegarsi di proprietà comune tra vicini, ma soltanto parete divisoria tra due proprietà. Per noi del resto, una tale questione, più acconciamente collocabile nel trattato del *paries communis*, non ha una grande importanza e, staremmo per dire, niuna importanza. Le due servitù, del resto, hanno la stessa base nel diritto di ciascun proprietario di fondi sulla colonna d'aria sovrastante al fondo rispettivo, allo stesso modo che il diritto a non tollerare la invasione delle radici del vicino si fonda su di un egual diritto negli strati sottostanti al suolo. Lo sconoscimento di questi diritti, quando non vi sia di mezzo una servitù regolarmente costituita, cammina di pari passo col disconoscimento del diritto di proprietà, che deve ritenersi illimitato fintantochè non ne è provata la limitazione e fuori dei limiti della limitazione stessa. Però i Romani furono delicatissimi nel percepire e nel rilevare la violazione della proprietà per

---

della richiamata opinione di POMPONIO. ULPIANO però è ben più chiaro di POMPONIO, dal che verrebbe proprio la tentazione di spiegare il *rem perdere* se non nel modo proposto da CUIACIO, neppure come *opus factum propria auctoritate destruere*, ma piuttosto e forse come non avere altro mezzo per trarre ragione della pretesa o della violazione consumata dall'avversario. *Rem perdere* per noi significa quel che volgarmente si dice *lasciar perdere* un proprio diritto o meglio rassegnarsi alle conseguenze della propria inazione nelle vie giudiziarie. A questo modo noi restiamo sempre alle prese col frammento di ULPIANO anche per la sua distinzione tra il *protegere* e il *facere*, quasichè il *protegere* non fosse a sua volta un *facere*.

Digitized by Google

la *proiectio;* tanto è vero che vietarono persino il ventre di una parete. Nella l. 17, pr., Dig. 8, 5, ALFENO infatti scrisse: *si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet, ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.* La tolleranza era fino al mezzo piede; ma, quando il ventre fosse maggiore del mezzo piede oltre la base verticale verso il fondo del vicino, si ammetteva la *negatoria* (*ius non esse*) per il rispetto della proprietà invasa e contro la *servitus proiiciendi* pretesa dall'altra parte o contro il contenuto della *servitus proiiciendi* che si poteva riscontrare nella posizione di fatto del muro di casa deformato a ventre. Per questo muro forse sarebbe stato il caso di riprodurre, a termini variati ma molto più a proposito, l'osservazione fatta per la *traiectio aquaeductus;* poichè evidentemente per eliminare la spanciatura esterna del muro il vicino danneggiato avrebbe dovuto addirittura demolire il muro e demolendosi questo si sarebbe danneggiata tutta quanta la casa: talchè, in altri termini, il rimedio sarebbe stato peggiore del male. Nella necessità quindi di procedere più delicatamente, non si deve far nulla senza l'autorizzazione del magistrato in seguito all'esercizio dell'azione negatoria messa in moto dalla parte danneggiata per questa spanciatura, qualora sporgesse non meno di mezzo piede sul fondo del vicino. Questa è proprio una figura caratteristica, e, può dirsi, diversa da tutte le altre nelle quali consiste e può consistere un'invasione nello spazio aereo spettante al vicino; e su di essa era il caso di soffermarsi con maggior interesse o con una motivazione speciale. Nella pratica moderna del diritto di proprietà e delle sue limitazioni, la cosa forse neppure per la spanciatura si passerebbe come presso i Romani. Infatti, o la spanciatura è poco sensibile ed allora bastano i rapporti di buona vicinanza a farla tollerare, magari con ogni migliore precauzione conservativa allo scopo di evitare che su questo stato di fatto abbia a passare il vento della dimenticanza per mezzo della prescrizione acquisitiva. Che se la spanciatura è molto sensibile, allora si trova ordinariamente conveniente di premunirsi in possessorio mediante l'azione di danno temuto; perchè in tale ipotesi, per lo meno, il muro

Digitized by Google

della casa in cui trovasi la spanciatura minaccia rovina. D'altra parte, si stenta a supporre che il proprietario della casa, il quale mantiene la spanciatura, possa affacciare qualche pretesa verso la servitù; perchè la spanciatura stessa non è un fatto che dipenda in tutto e direttamente dalla volontà del proprietario, il quale ordinariamente la subisce e la mantiene soltanto in quanto o non vuole spendere o non vuol darsi la pena di fare le opportune riparazioni. Che se per atto emulativo o per dispetto del vicino soltanto egli mantenesse una sensibile e pericolosa spanciatura, egli sarebbe piuttosto uno sconsigliato e quasi puerile danneggiatore più di sè stesso che del vicino: e però generalmente non accade che egli prosegua a lungo in tale stato di fatto che è soltanto abusivo, nella sua intenzione, per il ritardo ch' egli frappone nel porvi rimedio e non già per la causa ch' egli vi dia o vi abbia potuto dare. Ma è ben difficile che la spanciatura non si levi al solo scopo di mantenervela durevolmente a titolo di servitù; per lo meno dobbiamo ritenere esservi la presunzione contraria e doversi questa presunzione combattere con elementi di fatto dai quali chiaramente risulti l'intenzione di acquistare una servitù. Ad ogni modo però, siccome questa spanciatura presenta il contenuto di un *proiectum*, è naturale che in materia di possessorio tanto è lo stato anomalo prodotto dalla spanciatura quanto è lo stato anomalo prodotto da un'altra qualsiasi sporgenza.

È quindi logico che in siffatti casi la parte interessata chieda col rimedio possessorio la ripristinazione o l' osservanza dei rapporti di buon vicinato: e forse questa procedura è più conveniente dell'altra consistente nel proclamare *ius non esse* e nell'ottenere dal giudice la dichiarazione corrispondente. Però la maggiore difficoltà di questa seconda azione può essere soltanto apparente; nel senso che già di per sè stessa la spanciatura rivela un *ius non esse*, quando raggiunge il mezzo piede di sporgenza: nel mentre invece il rimedio possessorio non ha la limitazione del mezzo piede, ma logicamente può esser dato anche per una spanciatura di entità minore, solo che invada la cosiddetta colonna d'aria sovrastante al suolo o all'edifizio in proprietà del vicino. Del resto sembra che l'una e l'altra azione raggiungano egual-

Digitized by Google

mente lo scopo di evitare che la spanciatura rimanga, non solo come minaccia e come annunzio di un danno maggiore, ma anche come violazione del diritto di proprietà e di possesso del vicino, al quale preventivamente non sia stata imposta nelle forme legali la servitù corrispondente.

La *servitus proiiciendi* e quella *protegendi*, certamente, nel diritto romano, erano servitù urbane. Il VOIGT (1) ha ritenuto che la *servitus proiiciendi* comprendesse in origine il *maenianum* o poggiuolo o balcone in quanto sporgendo non importasse appoggio sulla proprietà del vicino nella sua estrema sporgenza, poichè altrimenti si avrebbe la *servitus oneris ferendi;* comprendesse la *suggrunda* o *grunda* (grondaia), il *proiectum tectum* o *protectum tignum* o *protectum* (tetto sporgente). Secondo quell'Autore, in principio *proiectum* e *protectum* sarebbero rimasti confusi, e solo in seguito tra le due posizioni si sarebbe svolto un procedimento di differenziazione; poichè la legge della evoluzione successiva da tipi fissi anteriori più comprensivi ci trasporta a tipi posteriori più speciali, creati dagli interessi sempre più specificati dei vicini ed anche dai rapporti edilizi d' ordine pubblico ossia amministrativo. Secondo lo stesso VOIGT poi, la *paries procumbens* non avrebbe costituito il contenuto della servitù, ma soltanto un contenuto negativo sufficiente per l'esercizio dell'*actio negatoria:* ciò risulterebbe dai frammenti 14, §§ 1 e 17, pr., Dig. 8, 5, dove POMPONIO e ALFENO ricordano appunto quest'azione come normale in tale condizione abusiva di fatto. La posizione inversa invece, quella cioè in cui fosse possibile uno stato tale di fatto non già come abusivo ma come perfettamente legale, o per convenzione o per prescrizione acquisitiva o per altra causa legale, sarebbe una servitù tipica. Del resto noi abbiamo una formola di costituzione della *servitus proiiciendi* secondo la l. 80, § 1, Dig. 18, 1, che è attribuita a LABEONE; e la formola è la seguente: *quae ex meis aedibus in tuas aedes proiecta sunt, ut ea mihi habere liceat.* Si crede che questa formola sia un residuo degli antichi formulari in vigore presso i *veteres* e trasfusi quasi nei *mores* privati e nelle consuetudini forensi dei *veteres*

(1) *Consistenza e svolgimento delle servitù*, pag. 43.

Digitized by Google

stessi e del popolo tutto, che allora inclinava alla rigidità formalistica del diritto; come in genere a tutte le istituzioni civili e politiche formali. Senza dubbio poi, per la inevitabile influenza che esercita la forma sulla sostanza degli istituti giuridici almeno nel primo periodo della loro formazione, i tipi delle varie servitù furono determinati anche da quei formulari: solo in seguito, per il processo di specificazione di questi tipi, i formolari dovettero diminuire la loro importanza. Del resto, data la formola così come ci è indicata da LABEONE, pare sia ammessa in base alla formola stessa l'*actio ex emto*, come dice espressamente quel giureconsulto nella l. cit.; e pare altresì che sia possibile ed ammessa l'*emtio servitutis*. Si domandò se la formola stessa comprendesse anche la *servitus protegendi* diversa dalla *proiiciendi* secondo la distinzione gaiana in l. 2, Dig. 8, 2. E a questo già si rispose nella distinzione tra *proiectum* e *immissum*, per la quale si ritenne necessario, a scopo di una maggiore accentuazione delle differenze più sostanziali, comprendere il *protectum* sotto la categoria delle *proiectiones;* il qual metodo può anche considerarsi come proprio e introdotto più che da altri da ULPIANO. Se leggiamo infatti la l. 5, § 10, Dig. 39, 1, dove si tratta della *operis novi nuntiatio* e si domanda se sia opportuno accordare questo rimedio all' *immissum vel proiectum*, e inoltre se esaminiamo la l. 3, § 5, Dig. 43, 17, dove si ricerca se l'*uti possidetis* possa applicarsi alla *proiectio supra vicini solum*, ci persuadiamo agevolmente che ULPIANO volle distinguere tra *immissum* e *proiectum* soltanto, e che, anche quando non era opportuno ricorrere al contrapposto diretto tra queste due figure, amò tuttavia mantenere l' assorbimento del *protectum* nel *proiectum*. Ora se il procedimento di specificazione ai tempi di ULPIANO non era giunto a tale da fissare la distinzione costante e in ogni caso tra *proiectum* e *protectum*, non è da supporsi logicamente che una tale distinzione siasi potuta stabilire rigorosamente in tempi anteriori ad ULPIANO, perchè il processo di specificazione si svolge ed aumenta col tempo e man mano che il tempo passa.

Ma, quel che più ci colpisce in questi frammenti di ULPIANO, è l'esclusione della *operis novi nuntiatio;* esclusione

Digitized by Google

la quale sembra motivata dal considerare che *operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus* e però dal timore di riconoscere che il vicino il quale ha abusivamente affacciato un *proiectum* od un *protectum* sulla nostra proprietà venga con questo ad affermare un diritto di possesso sullo spazio in cui la *proiectio* o la *protectio* si è portata ad invadere il territorio del vicino o la zona aerea a questo territorio sovrastante. A stretto rigore certamente l'*operis novi nunciatio* dovrebbe precedere il fatto dell'*immissum* e del *proiectum* e dovrebbe avere per iscopo d'impedire che la *suggrunda* o il *proiectum tectum* o il *protectum tignum* invadesse il territorio del vicino dopo di avere avuto espansione nello spazio corrispondente alla proprietà di chi li pratica. Ma questo è per lo appunto impossibile e assurdo, perchè fino a tanto che la *suggrunda* o il *proiectum tectum* o il *protectum tignum* non oltrepassano la linea del confine, sono fatti *iure proprietatis* (salva la distanza per ragione dello stillicidio, se da quell'opera deve necessariamente procedere un getto d'acqua da fondo a fondo) e non offrono all'avversario alcun interesse vivo e attuale *iuris sui conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi*. In tal caso (e lo nota ULPIANO nella l. 1, Dig. 39, 1) è piuttosto da porsi mano al rimedio interdittale; poichè prima che la *proiectio* o la *protectio* o l'*immissio* avvenga non vi è interesse ad agire, e, dopo avvenuta la *proiectio* o la *protectio* o l'*immissum*, non vi è *novum opus* da *nuntiare* ma piuttosto da chiedere la restituzione nello stato pristino. Inoltre, si deve osservare che tra l'esecuzione del *protectum*, *proiectum* od *immissum* nel terreno o edifizio proprio e la esecuzione di quel *protectum*, *proiectum* od *immissum* nel terreno od edifizio altrui male si può colpire o determinare un momento di sosta, perchè di solito l'opera è continuativa e noi ci accorgiamo di aver sofferto una lesione solo quando l'opera ha invaso il nostro fondo, nè ci accorgiamo che questa stia per invaderlo pria che ci siamo accorti averlo di già invaso. E allora ULPIANO, esclusa la *operis novi nuntiatio*, nel citato § 10 della l. 5, Dig. 39, 1, dichiara *melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli iactum* (o *ictum*), *prohibere quam operis novi nuntiatione*. Dunque non si dice

Digitized by Google

proprio in termini assoluti doversi escludere completamente la *operis novi nuntiatio*, poichè altrimenti non si ricercherebbe se sia meglio ricorrere ad una proibizione pretoria piuttostochè ad una pratica, quale la *operis novi nuntiatio*, la quale svolge la sua procedura indipendentemente dall'azione del pretore; ma si direbbe e si ripeterebbe senz'altro recisamente che la *operis novi nuntiatio* deve escludersi del tutto siccome inadatta e inammissibile. Il dubbio per lo meno resta; e col dubbio che resta sorge la curiosità di conoscere che cosa sia e che cosa rappresenti quella proibizione pretoria *per manum id est lapilli ictum*. Questo *lapilli iactum* o *ictum* era una specie di rito solenne mediante il quale taluno divietava che si facesse un lavoro che si pretendeva non avesse diritto di fare. Nella l. 20, § 1, Dig. 43, 24, PAOLO dice: *prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve iactantis prohibendi gratia.* Nella l. 1, § 6, dello stesso lib. 43, tit. 24, Dig., poi, ULPIANO dice: *si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus facere, perseveraverit facere, hunc quoque vi fecisse videri, Pedius et Pomponius scribunt; eoque iure utimur.* Non si potrebbe dunque più chiaramente accennare allo *iactus lapilli* come a mezzo per proibire una costruzione od una serie di atti che si pretendono lesivi del diritto di chi *iactat lapillum:* senonchè noi, abituati alle lungaggini di una procedura che stanca, non sappiamo comprendere come si possa ad un segno così evanescente affidare la prova di una proibizione, per la quale non sia intervenuto il giudice. E certamente in questa procedura dello *iactus lapilli* noi dobbiamo procedere per mezzo ad un terreno pieno di lacune. Prima di tutto e soprattutto ci domandiamo infatti in qual modo colui *qui iecit lapillum* possa fare constare di un tale *iactus* in modo da poterlo opportunamente contestare all'altra parte in caso di una contestazione giudiziaria. E poi ci domandiamo come colui che ha lanciato il *lapillum* siasi potuto procurare la presenza dell'avversario sopra luogo e di questa stessa presenza (se, come crediamo, era necessaria) siasi potuto assicurare. A tutte queste domande purtroppo, allo stato delle cose, non troviamo risposta.

Digitized by Google

TITOLO TERZO

SERVITÙ DI CONTATTO

Le servitù che importano contatto da fondo a fondo sono evidentemente diverse dalle servitù di sporto o sporgenza o protensione: e la differenza è evidente, poichè le servitù di sporto non implicano altra invasione che degli spazi aerei, mentre le servitù di contatto importano sia pure sulla stessa linea precisa di confine, una compenetrazione o congiunzione di parti solide e conseguentemente senza dubbio una vera e propria compressione ovvero una lesione di continuità, come quasi una ferita nel corpo in cui si esplica il diritto di proprietà del vicino. Il contatto di queste servitù non importa una semplice compenetrazione, ma una vera e propria lesione susseguita da una invasione nello spazio leso oppure anche senza compenetrazione una pressione la quale produce o può produrre a sua volta una lesione, appunto per la gravitazione e la durata del contatto stesso. Tra le servitù di sporto e quelle di contatto intercede poi una differenza considerevole, perchè le prime restano con la loro azione nella sfera del veicolo stesso per il quale passarono, le seconde attraversano quel veicolo ma non vi rimangono del tutto, nè la loro azione terminale si compie nel veicolo stesso. Attraversano queste ultime bensì lo spazio aereo, ma per terminare in un corpo solido dove estrinsecasi la loro azione e dove si possono veramente misurarne gli effetti e la portata anche dal punto di vista quantitativo: mentre nelle servitù

Digitized by Google

di sporto l'entità e l'intensità nel contenuto del diritto o della limitazione della proprietà si presentano presso a poco costanti in tutta l'estensione occupata dall'oggetto sporgente; tanto più se si consideri, che la sporgenza non dev'essere e ordinariamente non è molto pronunciata nè tanto pronunciata da produrre effetti sensibilmente diversi a seconda delle varie parti del suo prolungamento. In queste servitù di contatto che ci proponiamo di trattare noi abbiamo dunque dei mezzi assai più agevoli e potenti per procedere nelle nostre indagini, almeno per quanto concerne il contenuto materiale del rapporto giuridico: e questi mezzi naturalmente ci aiutano in una costruzione più esatta, più pratica, che più si avvicina e si sottopone alla percezione dei nostri sensi senza costringerci a sforzi di sottigliezza nei quali conviene sempre badare di non perdere la giusta misura delle cose e dei giudizi. In queste servitù non è il danno dell'immissione solida che preoccupa, non è la lesione materiale della cosa in proprietà, ma è l'affermazione, ben più marcata che nella sporgenza (poichè non sempre una sporgenza assume una causa o uno scopo permanente di servitù), di un diritto consolidato stabilmente nell'altrui proprietà, senza che sia ammissibile il dubbio si tratti di una pretesa di esercizio temporaneo da parte di chi effettua il contatto sull'edifizio del vicino o sul muro del vicino stesso. La lesione (effettiva o potenziale) maggiore che nella sporgenza e il carattere di stabilità tutto speciale nel contatto certamente aumentano la responsabilità di chi pratica od ha praticato il contatto medesimo, al modo stesso che aumentano la gravità obbiettiva della situazione in rapporto colla servitù di sporgenza. In altri termini, se l'espressione è permessa, la diagnosi giuridica delle servitù di contatto dev'essere necessariamente più grave di quella delle servitù di sporgenza e deve dar luogo ad una terapeutica altrettanto energica, certo non meno accentuata di quella che si dà nel caso delle sporgenze. Il contatto è causa di molti danni o può esserne causa: soprattutto poi, allorchè si tratta di contatto, corre subito l'idea al peso, alla gravità, alla possibilità di curvature, di rotture, di guasti. Molte volte il danno si produce per un'azione lenta, quasi impercettibile, ma costante e pazientemente minacciosa alla integrità e sal-

Digitized by Google

dezza dei muri od edifizi sui quali l'appoggio stesso è praticato. Sarebbe quindi a desiderarsi che il rimedio giuridico fosse invocato in tempo: la qual cosa è certamente possibile dappoichè si deve trattare di uno stato di fatto molto apparente anzi appariscente e che il proprietario, per quanto lontano e trascurato delle cose sue, alla fine dei conti non può certamente dopo un certo tempo ignorare, o i suoi rappresentanti non possono ignorare per esso. Soprattutto poi da questa specie di rapporti assai difficilmente potrebbe risultare l'idea del precario, specialmente allorchè il contatto è completato dalla cementazione o da opere di consolidamento o di robustamento o di fissazione.

Ma anche nel semplice appoggio esula il concetto del precario, purchè non si tratti di appoggio meccanico semplicemente per gravitazione, fatto per avere opportunità di compiere qualche lavoro nella zona adiacente; ma in tal caso la durata dell'appoggio per logica necessità deve essere breve e diremo quasi transitoria e cessare non per intimazione del vicino su cui il contatto per semplice appoggio ha luogo, ma perchè i lavori ai quali quell'appoggio è coordinato così richiedono. Se l'appoggio è di poche ore o di pochi istanti, passa quasi inosservato; e, quante volte non ha il vero e proprio scopo o la pretesa di dar vita ad una servitù prediale, può benissimo essere eliminato con una semplice azione possessoria e non richiede la negatoria, che è propria per eliminare il contenuto della servitù. Ora, se nel sostegno con immissione è quasi insito il carattere di permanenza che accenna ad una perpetuità di causa e nel semplice appoggio non sempre risulta il contenuto e l'intendimento di una vera servitù, non si può mettere in dubbio che il sostegno, dal punto di vista della servitù, sia un fatto giuridico di un'importanza maggiore del semplice appoggio *per requiem*. E allora, partendo da una tal premessa, è facile pervenire alla classificazione netta di due categorie di servitù di contatto: a quella del semplice appoggio e a quella del sostegno con immissione: la quale ultima importa una penetrazione di spessore, richiede una certa profondità e non può scompagnarsi da una sistemazione convenientemente solida. Ora non v'ha chi non vegga la diversità pratica tra queste due

Digitized by Google

figure e non v'ha chi non vegga la necessità di preoccuparsi più delle conseguenze dell'una che di quelle dell'altra. Intanto però, dal punto di vista sistematico, contatto vi è in uno dei due casi e contatto vi è nell'altro; la differenza non sta che nell'intensità. E, quanto al contatto, esso è sempre, generalmente parlando, uno stato abusivo qualora non sia autorizzato da qualche convenzione o da qualche altro modo legittimo d'acquisto: come stato abusivo deve essere eliminato, salvo a caratterizzarlo a seconda dei casi come un semplice abuso possessorio o come una lesione del diritto di proprietà con la pretesa d'infliggervi una servitù prediale. Questa ricerca non è già teorica, ma anche pratica, senza dubbio dal punto di vista della azionabilità del diritto leso: il modo della lesione è uno, diversa è la quantità del diritto stesso che è stato leso; a questa diversità di quantitativo non si deve però attribuire tanta importanza, quanta occorre per dar vita ad altrettante categorie diverse di figure giuridiche. In caso diverso le nostre classificazioni non sarebbero più armoniche rispetto ad un criterio direttivo fondamentale e converrebbe sminuzzare soverchiamente il piano scientifico del nostro trattato. Per noi la categoria delle servitù di contatto si distingue specialmente dalle cosiddette servitù di sporgenza, le quali non affettano se non gli spazi aerei e non si spingono al contatto materiale delle cose.

Il contatto materiale col suolo o col soprasuolo edificato o impiantato è un fatto di maggior lesione in confronto colle semplici servitù che affettano gli spazi aerei e di lesione anche più grande in confronto delle servitù che si esplicano per veicolo aereo pur senza avere questo veicolo come termine finale o come scopo della loro invasione, ma soltanto come spazio da attraversare per giungere alla meta. Questo contatto non è casuale, perchè coincide proprio coll'intendimento di chi invade la proprietà altrui; non è quindi a dire che si tratti di una categoria unica tra tutte queste configurazioni di rapporti di vicinanza. Nel contatto si ha pure il veicolo aereo, in quanto il manufatto per raggiungere il suo punto d'arrivo deve condursi attraverso lo spazio atmosferico; ma questo veicolo aereo non serve ad una funzione speciale, come per le emanazioni gassose costituenti il con-

Digitized by Google

tenuto d'una servitù prediale, bensì serve, come serve generalmente, allo spostamento di qualsiasi corpo solido nello spazio. Pertanto, anche dal punto di vista fisico, differenza esiste ed è percettibile, calcolabile, delineata; non è del pari a meravigliarsi se la differenza esiste e si mantiene sotto il punto di vista giuridico, sotto il punto di vista della funzione e dello scopo dei rapporti di vicinanza aventi una finalità ed un contenuto legale, ovvero una finalità od un contenuto abusivo. Questa rispondenza della situazione naturale alla figura giuridica e viceversa costituisce appunto il fondamento del nostro sistema di trattazione.

Digitized by Google

CAPO I.

Contatto per semplice appoggio.

33. Formolario e struttura della servitù romana *oneris ferendi*. — 34. Fisionomia della servitù nel diritto vigente. — 35. Se l'appoggio possa esercitarsi sopra un tempio. — 36. Che degli edifizi scolastici e degli stabilimenti industriali. — 37. Se il rapporto di confine sia il presupposto necessario per una servitù d'appoggio.

33. La *servitus oneris ferendi* dei Romani rispondeva al formolario — *paries oneri ferundo uti nunc est, (ut) ita sit* — di cui ci offre Paolo la testimonianza di Alfeno in l. 33, Dig. 8, 2. Per dare spiegazione di questo inciso Paolo aggiunge *satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret: quemadmodum, si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quae servit, et tum onus ferret, periisset, alia in locum eius dari debeat.* Dunque, stabilita una *servitus oneris ferendi*, il muro destinato a sopportare l'*onus* deve essere indefettibile, e, cadendo, dev'essere ricostituito sullo stesso posto e per lo stesso ufficio; appunto perchè la servitù deve rispondere ad una causa perpetua e deve essere posta in condizione di funzionare nei debiti modi. All'individuo caduto o che stia per cadere deve sostituirsi dunque un altro individuo della stessa specie che adempia al sostegno del peso che prima gravitava sulla parete caduta; non si tratta di una parete sempre *eiusdem modi*, si tratta di una parete di altro modo ma rispondente agli stessi requisiti di solidità in rapporto col peso da sostenere. Evidentemente, dicendosi *paries oneri ferundo*, non s'intende parlare di tutte le altre *parietes:* ma nulla vieta di credere che nello stabilirsi di questa regola speciale siasi voluto rispondere al generale concetto conservatore che, nei limiti del possibile, informava tutta quanta la legislazione romana nella materia edilizia, là dove i regolamenti non estendevano la loro efficacia. Ma è proprio la natura speciale della ser-

Digitized by Google

vitù, che, secondo il giureconsulto, giustifica l'applicazione di questa regola al caso determinato e con la formola determinata, per assicurare la tutela dell'*onus ferre* di fronte ad ogni cambiamento che ostacolasse la durata perenne della servitù in corrispondenza con la causa perpetua della servitù stessa. Senonchè sulla struttura della servitù cominciò a sorgere qualche dubbio in causa della struttura di essa. Nella sua parafrasi delle *Istit. giust.* TEOFILO dice che la *servitus praediorum urbanorum est ius certis modis constitutum incorporale, quo vicinus necessitate adstringitur vicini onera sustinenda*, e proclama che una servitù rustica, in genere, *est ius certis modis constitutum, incorporale, quo agri possessor adstringitur necessitate adfinis sui onera sustinendi.* Forse dovremo noi ritenere che questa *servitus oneris ferendi* sia passata nella pratica e nella dottrina come tipo di ogni servitù, sì urbana come rustica? O che questo sia almeno avvenuto nei bassi tempi della giurisprudenza romana? La più sbrigativa sarebbe di ritenere arbitrariamente aggiunto quest'ultimo brano da noi richiamato nella versione ferriniana; ma non giungiamo, nè vogliamo giungere, in quest'ordine d'idee, là dove altri più audaci di noi non sono ancora giunti. Potremmo forse limitarci a ripetere le accuse fatte da altri a TEOFILO di aver trasformato il concetto delle *Istit. giust.* di specializzazione determinata del tipo delle *servitutes oneris ferendi* in un concetto più generale ed esteso delle *servitutes urbanae.* E a questo riguardo anzitutto ci viene il desiderio di tentare se logicamente le varie *servitutes urbanae* o molte o parecchie tra di esse possano o no ridursi al tipo *oneris ferendi.* Il diritto di avere una cantina sotto un edifizio altrui è una *servitus oneris ferendi* che spetti al padrone di casa? A noi non pare che qui sia il caso di avvisare ad una servitù nè da parte del proprietario della casa sulla cantina nè da parte del proprietario della cantina sulla casa: si tratta di due proprietà coesistenti e che hanno come punto di contatto il pavimento terreno che risponde al vôlto della cantina. Non è differente il caso di due proprietà diverse costituite in edifizi che si toccano per un muro comune e quello di due proprietà sovrapposte l'una all'altra, o di due o più piani di una medesima casa.

Digitized by Google

Resta ad ogni modo, all' infuori di ogni costruzione logica, molto problematico il senso delle parole richiamate di TEOFILO, il quale ad ogni modo non sembra siasi limitato a parlare della sola specie della *servitus oneris ferendi*, senza tentarne quella generalizzazione che risulta chiara da quanto gli si attribuisce come da lui scritto, ma sembra invece far quasi a pugni col senso comune. Logicamente parlando, la *servitus oneris ferendi* ha solo una grande affinità colla *servitus ligni immitendi*, perchè è difficile concepire che un *tignum immissum* non produca un *onus:* ma non risulta che nei testi tra queste due specie di figure giuridiche siasi prodotta una vera e propria confusione, sebbene per l' una e l'altra di queste figure di servitù sia stata accordata una medesima azione. Per *ferre onus* come per *recipere tignum* certamente conviene che un muro vi sia e rimanga in piedi e resti consolidato e sempre adatto a sostenere il peso e a far riposare il trave: e, se questa condizione di muro è indispensabile per costituire la sofferenza della servitù, si conclude col ritenere che chi a questa sofferenza è obbligato debba ritenersi altresì obbligato a mantenere il muro nello stato idoneo ad un tale ufficio. Queste due specie di servitù entrerebbero altresì entrambe nella categoria delle servitù le quali dipendono da una *obligatio propter rem* e non tanto per contratto che all' uopo si fosse fatto: ritenendosi che la stessa posizione topografica degli edifizi importi la necessità di trasmettere da una parte e di sostenere dall'altra il peso, oppure di immettere da una parte e ricevere dall' altra la trave. Certamente, se i due fabbricati non si trovassero tra loro in rapporto di vicinanza e di scopo, non sarebbe necessario che uno di essi esercitasse sull' altro il diritto di immetter la trave o di esercitar l'appoggio, e che anche se vi fosse e preesistesse una convenzione tra le parti dalla quale derivasse la relativa facoltà, le parti non ne approfitterebbero di certo. Ma d' altro canto è pur naturale che tra le parti una convenzione di questa specie non venga a stringersi se non quando una di esse parti ha bisogno dell' immissione del trave o del sostegno del peso. Ma la questione si risolve non nella fase costitutiva, bensì nella fase dissolutiva del rapporto giuridico: e appunto in questa fase si

Digitized by Google

concentrarono le più gravi ricerche sulla struttura della *servitus oneris ferendi* per diritto romano e sulla possibilità che la servitù stessa cessi per abbandono della cosa sottoposta all'esercizio della servitù stessa. Ora, che importa se la servitù sia stata costituita in forza di un contratto o altrimenti, dal momento che in ogni caso la servitù stessa ha lo stesso rapporto e stretto legame con la cosa dominante e con la cosa serviente? Ma non è forse questo stretto legame un carattere comune a tutte quante le servitù prediali, permodochè non si possano neppure immaginare servitù prediali senza fondi situati tra loro in certi determinati rapporti, specialmente di vicinanza? Non è in tutte le servitù prediali che la causa immediata della servitù deriva dal predio? Dunque, qualche carattere distintivo vi dovrebbe pur essere tra le servitù prediali le quali includono un'*obligatio propter rem* e le servitù prediali le quali escludono l'*obligatio propter rem*: ma questa distinzione, francamente, non si arriva a discernere nè nelle fonti nè nella logica degli istituti di cui trattiamo. Una *servitus oneris ferendi* sorta per destinazione del padre di famiglia ha lo stesso valore e la medesima struttura di una servitù sorta per convenzione: permodochè l'una non si può estinguere diversamente dall'altra ed entrambe hanno lo stesso identico rapporto e legame intimo collo stato della cosa serviente non meno che con lo stato della cosa dominante. Quindi è perfettamente inutile acuire il sofisma della dialettica o l'acume della mente per raccozzare una distinzione dove distinzione non esiste e per dar vita ad un'abile quanto fantastica costruzione speciale per la *servitus oneris ferendi* e non per le altre.

La questione sulla possibilità e sulla costruzione della *servitus in faciendo* fu già da noi proposta nella parte generale del trattato, con speciale riguardo alle *servitutes oneris ferendi* e *tigni immittendi* e dal punto di vista della *facultas derelinquendi*, che l'art. 643 del nostro Codice fa dipendere non dall'indole della servitù propriamente, ma dal titolo ossia da una clausola espressa del contratto costitutivo. Pertanto la *quaestio* stessa, già *vexata* allorchè ne toccammo nella parte generale, rimane anche più *vexata* per una trattazione nella parte speciale dove in sostanza non si potrebbe che ripetere

Digitized by Google

le cose stesse. Qui può tuttavia cadere in acconcio l'esame di una domanda formolata in l. 1, Dig. 33, 3, ossia nel tit. *de servitute legata: qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit; quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco contineretur. Respondit, servitutem impositam videri. Julianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est, aut in legatum datum est: tabernam meam, uti nunc est, do lego.* Il quesito riguarda un caso pratico di due *tabernae coniunctae*, anzi sovrapposte, e nella superiore delle quali si edifica qualche cosa in direzione dell'inferiore. GIULIANO e MINICIO in sostanza, potendo decidersi per la servitù e per la non servitù (propriamente per lo stato di comunione), preferiscono di ritenere lo stato di servitù e non compulsano neppure, espressamente, l'ipotesi della comunione. Ma questo complesso accenna forse alla distinzione tra una vera ed originaria *servitus oneris ferendi* ed una posteriore *servitus oneris ferendi* che sia come *una correzione, un'ampliazione del primitivo istituto, quale si presentava quando nasceva la disputa tra* GALLO *e* SERVIO (1)? Non sembra che ciò si possa affermare con sicurezza; ma del resto, quanto a chiarire il frammento suindicato della *taberna* coll'opinione che in quel caso si tratti *di una generica servitù di peso, in cui il « ferre onus » non sia adoperato in senso tecnico come nella « servitus oneris ferendi », ma nel senso volgare e comune* e prescindendo da un obbligo vero e proprio di sostenere le riparazioni.

Con questa figura al proprietario inferiore sarebbe soltanto vietato d'innalzare la propria costruzione e di far suo l'edifizio superiore, il quale generalmente, se la servitù non vi fosse, dovrebbe cedere al suolo sottostante: e ciò non sembra cozzare punto col concetto di servitù tipica, perchè un tal concetto non esclude propriamente che si possa avere una forma di servitù la cui costruzione avvenga per ana-

(1) BURZIO, *La « servitus oneris ferendi » ed il principio « servitus in faciendo consistere nequit »: contributo allo studio degli oneri reali*, in *Archivio giuridico*, 54.

Digitized by Google

logia a quella *oneris ferendi* ma che non ne produca però gli stessi effetti. Che anzi questa funzione del tipo è una funzione ben naturale e comune: esso si determina abbastanza nettamente *ab initio* con i suoi caratteri speciali e, dopo la sua determinazione, nel corso del tempo ulteriore dà luogo a tante germinazioni che per lo passato magari non avrebbero potuto neppure idearsi o immaginarsi e che sovente deviano dal tipo primitivo. Ad ogni modo, nel fr. cit. si dice *servitutem impositam videri*, ma non si dice nè si specifica *servitutem oneris ferendi:* si constata soltanto che vi è uno scopo per far sopportare il peso e quest'obbligo è stato imposto alla *taberna* sottostante perchè senza di ciò non si sarebbe potuta costituire la *taberna* soprastante; e ciò perchè non si abbia a confondere con qualche altro rapporto giuridico meno adatto al caso. Vi è ad ogni modo un muro che serve ad una *servitus oneris ferendi* rimanendo in proprietà del proprietario del fondo serviente (serviente non soltanto alla superficie come si è creduto, ma in tutta quanta la sua struttura o per lo meno in quella parte di esso sulla quale si ripercuote il peso sostenuto giusta le leggi di meccanica alle quali accennammo nella parte generale); altrimenti, se la proprietà fosse del dominante, questi non sarebbe più dominante e le parti s' invertirebbero. Il *nominatim servitus imposita* del testo sopra richiamato sembrerebbe alludere ad un titolo costitutivo espresso, in cui si contenesse anche la clausola speciale relativa all'*onus reficiendi:* ed allora si generalizza la ricerca se in tutti i casi di costituzione delle servitù *oneris ferendi* occorra una clausola apposita per addossare questo *onus reficiendi* al proprietario del muro serviente. In diritto nostro, di fronte all'art. 640 Cod. civ., una tale domanda non è neppure possibile: evidentemente però è ammesso il patto contrario; e cioè è ammesso che colui al quale profitta l'appoggio, specialmente se il muro o la colonna del vicino altra destinazione non ha da quella infuori di provvedere a questo sostegno, possa obbligare sè stesso alle spese di conservazione e di riparazione del muro serviente, quantunque in tale ipotesi torni più naturale supporre che il vicino avente interesse all'appoggio acquisti lo spazio necessario dal suo vicino ed ivi *iure proprietatis* costruisca il muro occorrentegli per

Digitized by Google

l'appoggio, lo renda di sua proprietà e lo mantenga od accomodi a sue spese. I commentatori e la Glossa cercarono, più che costruzioni, spiegazioni ragionate di quest'*onus reficiendae parietis:* la servitù prediale d'appoggio avrebbe di diverso dalle altre appunto il carattere di obbligare il proprietario del fondo onerato *ad faciendum, quia* (*hoc onus reficiendi*) *venit in consequentiam* (*servitutis oneris ferendi*), avuto riguardo alla circostanza che l'appoggio dev'essere perpetuo (perpetuo, diverso da eterno e sempiterno). Relativamente all'*impensa reficiendi*, se la spesa stessa fu addossata in tutto ad una delle parti o in contributo tra entrambe, si disse *et pacto standum esse et illud servare.* In mancanza di patto si deve stare alla consuetudine, specialmente se questa rimonti a tempo immemorabile; *quoniam pactum et vetustas a pari procedunt.* Ed ecco che si fa a meno del patto espresso e se ne fa a meno con una considerazione d'ordine generale, la quale naturalmente potrebbe applicarsi ad ogni specie di servitù prediale, tenuto conto di ciò che la servitù prediale è inerente alla cosa e segue la cosa stessa *sicut lepra leprosum.* Ma per la *servitus oneris ferendi* evidentemente vi è qualche cosa di speciale, e questo qualche cosa di speciale non sfuggì ai commentatori quando notarono che in tal caso l'*onus reficiendae parietis vel speciale* (*est*) *in ea servitute, vel in consequentiam venit:* per la qual cosa non può darsi *servitus oneris ferendi* senza il gravame di tenere e mantenere la parete stessa in stato tale da servire per lo scopo al quale fu destinata di sopportare il peso di ciò che vi è appoggiato e deve restarvi perennemente appoggiato. Vi è però una osservazione da fare ad un tal sistema di costruire il rapporto giuridico di cui si tratta. Se vi è un patto *reficiendae parietis*, l'onere relativo si trasmette anche al successore del muro o edifizio tenuto all'*onus ferre*, qualora egli a questo muro od a questo edifizio succeda soltanto a titolo particolare? O non è piuttosto questo un gravame che si deve ritenere trasmesso al successore a titolo particolare; non tanto perchè consiste *in faciendo*, ma soprattutto perchè ha un'origine contrattuale? E, poichè la difficoltà di una *servitus quae consistat in faciendo* si presenta del pari pel successore a titolo universale come pel successore a titolo

Digitized by Google

particolare, il quesito si trasforma nell' altro se la origine contrattuale di quell'*onus reficiendae parietis* voglia considerarsi come un debito personale del *de cuius* trasmissibile unicamente a titolo universale, oppure come un onere reale anch'esso, incorporato e immedesimato nella cosa e nella servitù reale, tanto da localizzarsi sulla cosa stessa e da insistervi come una *qualitas* od un *modus utendi* del proprietario. La risposta ad un tale quesito non sembra dubbia, anche dal punto di vista dei commentatori stessi i quali considerarono quest'onere come conseguenziale alla servitù e come inerente alla cosa medesima gravata del peso della servitù: tanto che, se non vi fosse convenzione, l'onere stesso (sempre dal loro punto di vista) dovrebbe considerarsi come implicito, specie se suffragato da una lunga consuetudine. Se dunque l'onere della manutenzione e rifazione della parete deve ritenersi come incorporato nel fondo e inseparabile dal fondo stesso, esso, come parte essenziale e costitutiva di tutta quanta la *servitus oneris ferendi*, si trasmetterà insieme col fondo gravato dalla servitù medesima e non potrà, neppure per ragione di successione universale e sulla considerazione che esso sia stato costituito da un titolo di obbligazione personale, considerarsi come staccato dal fondo sul quale è stato imposto. E infatti, ammesso per un momento che si tratti di una contemporanea successione a titolo universale su tutto il patrimonio del *de cuius* e di una successione a titolo particolare sul fondo onerato dalla servitù, e che queste due successioni siano rappresentate ciascuna da una persona diversa, è forse possibile che il successore a titolo particolare ritenga di sostenere il peso della sua servitù senza provvedere all'*onus refectionis* e che l'altro sia tenuto a provvedere all'*onus refectionis* pur senza essere egli vincolato a sopportare la servitù prediale, poichè il fondo non è in sua proprietà?

34. Nella nostra legislazione, la servitù che potrebbe chiamarsi di *oneramento* come di semplice appoggio non è nominata espressamente, nè è considerata (e non l'avrebbe potuto) come una servitù legale o limitazione legale al diritto di proprietà che dir si voglia. S'invocano gli art. 1120, 1127, 1129, 1130 Cod. civ. per dimostrare che l'obbligo del

Digitized by Google

proprietario del fondo serviente di fare le opere necessarie per la conservazione e l'esercizio della servitù non è trasmissibile ai successori a titolo particolare, sia per atti tra vivi come *mortis causa*, ma soltanto ai successori a titolo universale. Secondo questo modo di vedere nè il proprietario che acquista a titolo particolare il fondo dominante nè quello che acquista a titolo particolare il fondo serviente succederebbero rispettivamente nel diritto e nell'obbligo del mantenimento e della restaurazione della parete su cui grava la *servitus oneris ferendi*. Si dice che altrimenti il carattere di realità attribuito a quella obbligazione la muterebbe in una vera servitù irregolare stabilita su di una persona a vantaggio di un fondo; e che nulla giustificherebbe il carattere eccezionale voluto darle, neppure l'accessorietà tra l'obbligazione *reficiendae parietis* e la *servitus oneris ferendi*. E, per arrivare ad una tale conclusione, si deve sostenere con franchezza che l'obbligazione di cui si tratta non costituisce il contenuto della servitù, ma ne resta del tutto distinta; e con pari franchezza deve giungersi alla conclusione che, malgrado la trasmissione a titolo particolare del fondo dominante, il diritto ad accollare al proprietario del fondo serviente le spese necessarie all'uso e alla conservazione della servitù rimane nel proprietario alienante o al suo successore a titolo universale, al quale si deve rivolgere l'acquirente per ottenere col suo mezzo che il proprietario del fondo serviente sostenga quelle spese: purchè tra i due non sia intervenuta una espressa ed apposita clausola di cessione, regolarizzata nei rapporti col proprietario stesso del fondo serviente. Così, l'obbligo di sostenere tali spese non deve intendersi trasmesso nel successore a titolo particolare; talchè o dall'alienante o dall'erede o successore universale si può sempre chiedere l'adempimento dell'onere stesso al proprietario del fondo dominante, con facoltà, se è il caso, nell'alienante o nell'erede o successore universale di rivolgersi al successore a titolo particolare per il finale o definitivo adempimento dell'obbligo in discorso. Rimarrebbe ad ogni modo escluso, anche secondo questa opinione, che il diritto a richiedere la *refectio parietis* o il corrispondente *onus parietis reficiendae* potesse estinguersi per il fatto di una

Digitized by Google

successione a titolo particolare nel fondo serviente o nel fondo dominante o in entrambi.

Quantunque in questa ultima riserva noi entriamo perfettamente, anche ammettendo il punto di vista di coloro i quali intendono staccare l'*onus reficiendae parietis* dal contenuto della *servitus oneris ferendi*, in definitiva però non ci sembra che queste due figure giuridiche possano andare disgiunte nella struttura e nei mezzi di adempimento, per la semplice ragione che vanno congiunte nel fine; tanto più perchè si tratta di servitù prediali, nelle quali la causa si compenetra nel mezzo e perciò diventa perpetua col mezzo di cui può disporre. Per avere a propria disposizione un mezzo perpetuo, il contenuto della *servitus oneris ferendi* non può naturalmente disgiungersi dal contenuto dell' *onus reficiendae parietis;* altrimenti, ad un dato istante, alla servitù stessa potrebbero mancare i mezzi di estrinsecarsi e quella potrebbe in ultima analisi trovarsi inutilizzata. Infatti, anche se vi è una convenzione espressa che cessione non sia, stando alla costruzione che importa la discriminazione del contenuto della servitù dal contenuto dell'*onus refectionis*, non potrà mai nè il proprietario alienante del fondo serviente costringere *praecise ad factum* il proprietario acquirente del fondo stesso nel senso di fargli fare la richiesta *refectio*, nè il proprietario alienante del fondo dominante potrà dal proprietario acquirente del fondo stesso esser costretto a mettere in moto la relativa azione, per effetto di una semplice obbligazione tra loro contratta; se pure non si ammette che il proprietario acquirente del fondo dominante possa mutuare dal proprietario alienante dello stesso fondo dominante l'azione per ottenere il mantenimento e il restauro della parete dal proprietario del fondo serviente. È pertanto indispensabile dare a quest'*onus reficiendae parietis* quel carattere reale che ha la servitù, vale a dire considerarlo come contenuto essenziale della servitù stessa o come parte del contenuto medesimo, ma parte indispensabile, essenziale, inscindibile; non già nel senso che il proprietario del fondo serviente sia obbligato *ad factum*, ma nel senso che, se egli non facesse quel che deve per il mantenimento della servitù, verrebbe a spogliarsi della proprietà stessa del fondo serviente, essendo

Digitized by Google

una tale proprietà determinata dalle sue stesse limitazioni. Ed ecco che la conclusione dell' abbandono contribuisce meravigliosamente a confermare e a rinsaldare il carattere reale della servitù, considerata nell'intimo rapporto dell'esercizio di essa col contenuto che la informa e la investe: dall' abbandono della cosa risalendo al possesso e all' esercizio del diritto sulla cosa stessa si può ricostruire agevolmente tuttociò che nella servitù rappresenta l'intimo legame tra il fondo dominante e il fondo serviente in ogni sua funzione, in ogni suo aspetto, sotto i rapporti più diversi e più complessi nei quali si estrinseca o si può estrinsecare. Questa è l'unica soluzione che possa dirsi veramente seria e coordinata con tutto quanto il sistema, non pure delle servitù prediali in ispecie, ma degli stessi diritti reali in genere: nè è da meravigliare che la giurisprudenza in vari paesi vi abbia tenuto dietro senza troppo esitare e senza presentire nè seguire certe costruzioni altrettanto immaginose quanto sottili; nè si può ragionevolmente censurare questo fatto o attribuire il preteso deviamento ad una influenza molto diretta e vicina del concetto delle *Reallasten*, perchè, se mai, la stessa influenza potrebbe essere esercitata anche da un concetto giusto e bene inteso dei diritti reali a tipo romano e delle servitù prediali nel loro più puro e classico significato. Non è il caso di andare tanto lontano o meno vicino per ricercare l'influenza di concetti giuridici, che possono trovarsi più dappresso e in un legame più stretto e più intimo colla posizione giuridica che cade in esame: basta che noi teniamo conto della servitù nella sua essenza, nella sua struttura e del rapporto diretto che grazie alla medesima unisce i due predi vicini. Del resto l'opposta costruzione non ha neppure in tutto il pregio della novità, perchè senza dubbio fa capo allo ZACHARIAE, in lotta coi commentatori francesi dotati come sempre di molto senso pratico e spesso di una lucidezza tutta propria nell'assimilarsi gli istituti della romana giurisprudenza. Non si tratta dunque nè di tendenza germanica nè di tendenza latina, ma si tratta del trionfo del buon senso sulle vane sottigliezze a dimostrazione e pompa d'ingegno critico. In diritto moderno non si sarebbe potuta dare in alcun modo alla *servitus oneris ferendi* e al rispet-

Digitized by Google

tivo *onus reficiendae parietis* una fisionomia diversa da quella di due elementi o dati giuridici dei quali l'uno è compenetrato nell'altro e assorbito dall'altro, di cui l'uno è complemento dell' altro e riconoscimento dell' altro e che tra loro si trovano perfettamente nel rapporto di premessa a conseguenza, di causa ad effetto, di modalità o strumentalità a contenuto sostanziale o a base costitutiva. Non solo altrimenti si sarebbe deviato dalla tradizione romana, ma si sarebbe anche inoltre complicato il rapporto giuridico costringendo il proprietario del fondo dominante a rivolgersi per le riparazioni sul fondo serviente a persona diversa da quella del proprietario del fondo serviente, il quale (sia anche detto fra parentesi), non avendo alcuna servitù a sua volta sul fondo serviente da lui alienato, non potrebbe neppure con certezza in ogni caso ripromettersi di penetrare nel fondo serviente per compiervi quelle riparazioni che sono necessarie all'esercizio della servitù. Ed ecco una buona ragione perchè l'*onus reficiendae parietis* venga necessariamente a trasformarsi in un semplice vincolo personale, traducibile in una somma di denaro, semplicemente. Ma questa non è la indole dell'*onus reficiendae parietis;* questo è un peso esclusivamente reale, un peso che non può essere sostituito o rimpiazzato in qualsivoglia modo, poichè non può denaturarsi e uscire quasi dal campo della realtà. D'altra parte, non si può rendere inalienabile un fondo solo perchè gravato da servitù *oneris ferendi*, unicamente per il motivo che l'*onus reficiendae parietis* è un onere personale non trasmissibile al successore a titolo particolare e sul riflesso che data la servitù convenga altresì dare i mezzi per attuarla. Veggasi a quali conseguenze si giunge con lo sforzo vano di una logomachia affettata ed eccessiva! La pratica e i principii stessi del diritto si rovesciano, si alterano, si guastano, si riducono ad una posizione assurda ed impossibile!

Non si trova ostacolo alla trasmissione a carico del successore a titolo particolare pel fondo gravato di *servitus oneris ferendi*, dell'*onus reficiendae rei*, negli insegnamenti dei pratici e dei commentatori, i quali posero che un'*actio vel obligatio personalis, etiam causata et emanata respectu rei, non transit ad particularem successorem*. Ma vollero proprio questi scrit-

Digitized by Google

tori riferirsi ad un'*obligatio causata et emanata respectu rei*, nel senso che si tratti di un *onus reficiendae parietis* in servitù prediale, oppure nel senso che si tratti di uno scopo dell'obbligazione personale rivolto alla conservazione o alla manutenzione della cosa stessa? Vi sono infatti obbligazioni personali le quali hanno un tale scopo. Se un imprenditore *respectu rei* si accolla a certi dati patti la manutenzione di una casa verso il proprietario della casa stessa; allorchè questa è venduta ad un terzo, non è più obbligato agli stessi patti e per lo stesso tempo con questo terzo, se pure non rinnova riguardo ad esso il suo contratto con quei patti e per quella durata. Qui si tratta di un'obbligazione personale che è stata assunta *respectu rei*, certamente nel senso che le riparazioni si fanno a quell'edifizio e non ad altro e che la spesa e la durata di queste riparazioni dipendono appunto dallo stato e dalle condizioni dello stabile sul quale le riparazioni stesse debbono farsi. Se questa non è un'obbligazione *respectu rei*, non lo è neppure l'*onus reficiendae parietis* nella *servitus oneris ferendi*: si tratta proprio di un'*obligatio causata et emanata respectu rei* e non *respectu personae*. La persona del proprietario non ci entra affatto, perchè l'imprenditore, per poco che abbia assicurato i suoi guadagni, non deve curarsi e non si cura infatti che la casa sulla quale ha da fare le riparazioni appartenga piuttosto a Tizio che a Caio. Ciò però non significa punto che l'obbligazione personale dell'imprenditore valga di fronte al nuovo proprietario od acquirente del fondo, successore a titolo particolare del primo proprietario del fondo stesso; e non vale di fronte a questo per la ragione semplicissima che non vi è rapporto reale da fondo a fondo ma vi è sempre rapporto personale da persona a persona. Viceversa, nella servitù prediale, il vincolo tra fondo a fondo è inscindibile, è perpetuo e muove da posizione di vicinanza e in questa posizione di vicinanza trova la sua ragion d'essere e di esplicarsi: non si potrebbe mai immaginare una *servitus oneris ferendi* tra due fondi non contigui, non confinanti tra di loro. Invece l'imprenditore delle manutenzioni o delle riparazioni certamente non cerca che la casa si trovi vicino alla sua officina: la vicinanza potrà essere una considerazione che lo induca a scegliere tra questo ed un lavoro più

Digitized by Google

lontano, ma non sarà mai una considerazione costitutiva od essenziale per questa specie di rapporti di mano d'opera. Si è poi anche domandato nella giurisprudenza se l'obbligo delle spese *reficiendae parietis* tocchi di regola generale al proprietario del fondo serviente oppure gli tocchi soltanto quando siavi obbligato per speciale convenzione: la risposta prevalente fu che tocchi al proprietario del fondo serviente di regola, perchè il vantaggio diretto della *refectio* è goduto dal proprietario del fondo serviente e solo per riflesso dal proprietario del fondo dominante, il quale in tanto ne ritrae vantaggio in quanto gli è reso possibile l'esercizio della servitù. Restava quindi una semplice questione di equità: le spese se addossate all'*onus ponens* starebbero come corrispettivo dell'utilità che egli ritrae dall'appoggio, se addossate al proprietario del fondo serviente o all'*onus ferens* starebbero invece come corrispettivo dell'utilità da lui risentita per tutto quanto il muro ed anche per l'edifizio che a quel muro si trova addossato: tanto più che, anche senza la servitù d'appoggio, il proprietario del fondo serviente ad ogni modo avrebbe interesse di tenere in ordine il proprio muro. Ora nel diritto moderno non vi è nulla da cambiare: si dice anzi che vi è una ragione di più per attenersi a questa regola, inquantochè si ritiene che l'uso della cosa nella parte soggetta alla servitù resti comune tra i due proprietari. Ora questa riflessione ci sembra ad ogni modo e per lo meno azzardata; si potrebbe anzi dire falsa. L'uso di questa parte della cosa serviente soggetta a servitù non è punto comune tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente: ognuno dei due ne usa nel modo che corrisponde al proprio diritto e il proprietario del fondo dominante restringe il suo uso al puro necessario per l'esercizio del diritto di servitù e non può spaziare oltre quell'esercizio, non può in alcun modo espandersi, diffondersi oltre lo scopo speciale dell'*onus* che ha diritto di esercitare su quello stesso muro; mentre il proprietario del fondo serviente usa del fondo stesso sotto tutti i riguardi, per tutti gli aspetti, per tutti gli usi e non soltanto per l'uso dell'appoggio che spetta al proprietario del fondo dominante e riguardo al quale soltanto può esservi concorso tra il pro-

Digitized by Google

prietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente.

All'infuori di ciò, non si può affatto immaginare comunione di uso o comunanza di pratiche possessorie o di esercizio di diritti: ecco quindi che, sfatato questo preteso concetto moderno che non esiste, resta oggi sempre il concetto tradizionale della realità dell'*onus reficiendae parietis* come accessorio o annesso alla *servitus oneris ferendi.* Nè comprendiamo come, allorchè dal diritto antico al diritto moderno si può stabilire una tradizione non interrotta di una dottrina evidente e facile, debba venire ad un momento a sovvertire questa bella armonia di pensieri e di usi una costruzione ingegnosa, per quanto acuta e non da ognuno, la quale rovescierebbe tutto quanto lo stato della giurisprudenza per dar luogo a mille inconvenienti, a mille contraddizioni e controsensi di cui poi ci accorgiamo nella pratica quantunque non ci appariscano chiari in teoria. La conclusione è che il diritto nostro nulla ha mutato e nulla poteva mutare nel sistema tradizionale e universalmente accettato e seguito come conveniente: in nessuna disposizione il nostro legislatore ha fatto intravedere di orientarsi in senso nuovo o diverso, di dettare norme di poco soltanto divergenti da quelle ormai universalmente ricevute. Lo stesso diritto di abbandono ormai può dirsi consolidato e non fa che provare ancora di più, se occorre, il carattere reale dell'*onus reficiendae parietis* in corrispondenza della *servitus oneris ferendi* a quella servitù corrispondente: dappoichè ne risulta che quei due edifizi o fondi in genere non possono coesistere nel rapporto di vicinanza confinante in proprietà di due proprietari distinti, se l'uno di essi proprietari non si sottopone a questo *onus reficiendae parietis* così come risulta da una causa contrattuale o da un legittimo acquisto altrimenti. Or dunque tutto concorre alla dimostrazione evidente del rapporto reale moltiplicato o per lo meno rafforzato nella struttura della servitù; la servitù prediale assolutamente e nel suo contenuto principale e nel suo contenuto accessorio investe i fondi tra i quali come rapporto giuridico intercede. Che ne sarebbe, d'altronde, del diritto di abbandonare il fondo serviente per non volersi sottoporre a farvi le necessarie

Digitized by Google

riparazioni, quante volte l'obbligo delle riparazioni non incombesse al proprietario del fondo serviente stesso? Evidentemente, questo diritto di abbandono non potrebbe aver seguito, non potrebbe attuarsi; e al proprietario del fondo dominante verrebbe meno pure questa garanzia di adempimento la quale è tanta parte e così sostanziale nella struttura della *servitus oneris ferendi.* Basterebbe allora che il proprietario del fondo serviente alienasse il suo fondo ad un terzo per liberarsi così dall'*onus reficiendae parietis:* ma allora come può ritenersi che continui ad esistere la *servitus oneris ferendi,* o almeno che continui ad esistere coi patti che furono stabiliti per la sua costituzione primitiva?

L'*onus reficiendae parietis* in fin dei conti potrebbe finire a carico del proprietario del fondo dominante: la qual cosa, per quanto voglia considerarsi compensata od attenuata dai relativi risarcimenti o compensi dell'altra parte, non sarà mai altro di meno del contrario al patto sostanziale stabilito nella costituzione della servitù o scaturente dalla legge. E non è a dirsi che questo possa accadere di rado; perciocchè basta la possibilità che accada per distruggere dalle fondamenta la teoria della intrasmissibilità dell' *onus reficiendae parietis* al successore per titolo particolare al proprietario del fondo serviente, nel fondo serviente stesso. Questa possibilità deve entrare in considerazione nella struttura della figura giuridica di cui si tratta e non è a prendersi certamente con indifferenza nè a trascurarsi, solo perchè molte volte accada che non vi sia bisogno di ricorrere ai mezzi coattivi per ottenere l'adempimento dell'*onus reficiendae parietis;* questo si deve unicamente al fatto che al proprietario del fondo serviente, anche se egli non sia quello stesso che ha pattuito la servitù col proprietario del fondo dominante, conviene sempre, per i suoi stessi interessi indipendenti dall'esercizio della *servitus oneris ferendi,* di tenere in piedi il suo proprio muro e di fare in modo che esso non abbia a cadere. Soltanto lo scopo di far dispetto al vicino può indurre il proprietario del fondo serviente a trascurare anche per sè la restaurazione e la manutenzione del muro: ma, come più volte notammo, il desiderio di emulazione non può influenzare alcuna costruzione giuridica, se non in quanto la co-

Digitized by Google

struzione giuridica stessa possa essere contraria all' atto emulativo e proibirlo. Per il resto, nella costruzione giuridica normale si deve sempre supporre che due o più parti contraenti seguano piuttosto anzi soltanto la voce del proprio interesse e non quella del dispetto.

Si trae argomento altresì dall' onere della trascrizione. Per l'art. 1932, n. 2, debbono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali: ora l'*onus reficiendae parietis*, se non modifica, certamente costituisce una servitù prediale. Se è contemporaneo all'atto di costituzione la costituisce, se è posteriore all'atto stesso la modifica. Quest' obbligo di trascrizione, esteso pure all'*onus reficiendae parietis*, sta a dimostrare che l'*onus* stesso deve considerarsi come un obbligo reale, come un obbligo inseparabile dal fondo sul quale grava per ragione di struttura e di composizione strumentale; essendo un obbligo reale, esso è perfettamente e inscindibilmente inerente alla proprietà del fondo sul quale grava, quantunque si traduca in un *factum* del proprietario del fondo serviente stesso, in un suo impegno personale accessorio alla struttura della servitù che da essa in modo assoluto, certo e permanente dipende. E da questo punto di vista la trasmissibilità dell'onere stesso al successore a titolo particolare non è da porsi in dubbio. Ma vi è una ragione che rafforza ancora un tale concetto della trasmissibilità: ed è che, se la trascrizione non si è effettuata, il terzo acquirente in buona fede non è tenuto all'*onus reficiendae parietis* e se è effettuata (per contrario) vi è tenuto. E, se non è tenuto l' acquirente, non è neppure tenuto l'alienante che si è spogliato volontariamente della proprietà del fondo e che su di esso non esercita più influenza alcuna. D'altro canto, la mancanza di trascrizione fa sì che l' onere reale non esista e che si tratti di un puro e semplice onere personale, il quale si traduce od ha l'attitudine a tradursi subito non in fatto ma in denaro: e questa importanza della trascrizione è capitale, è sostanziale, non è sottoposta a restrizioni o a modificazioni secondo le varie circostanze dei casi; e quella stessa importanza che l'onere della trascrizione presenta in rapporto alla

Digitized by Google

servitù presenta altresì in rapporto all'*onus reficiendae parietis*, nè più e nè meno.

Ma la conferma finale alla nostra opinione, come pur debbono confessare anche quelli che sono di opinione diversa, è data dai lavori preparatori al vigente Codice civile; poichè, quando si trattò dell'onere delle spese spettante al proprietario del fondo dominante (art. 641), si volle tener ferma la regola generale senza la proposta esplicazione coll'inciso *quantunque* (*il titolo*) *fosse posteriore a quello con cui la servitù sia stata costituita.* Ora, se per derogare alla regola generale dell'articolo 641 si crede necessaria l'esistenza di un titolo, dove il patto contrario sia espresso, contemporaneo o posteriore alla costituzione della servitù, è evidente che l'acquirente di un fondo, trovando trascritto un titolo che stabilisce pel caso speciale un patto contrario, coll'acquistare il fondo serviente fa implicitamente adesione al titolo trascritto e se lo appropria senza bisogno di rifarlo o rinnovarlo o riconoscerlo espressamente: nè con questo si viola la disposizione dell'art. 641 che pone bensì a carico del proprietario del fondo dominante le opere necesssarie nel fondo serviente per usare e conservare la servitù, ma non esclude una diversa disposizione del titolo. Ora tanto è escluso il dubbio sul carattere reale dell'*onus refectionis*, che si è ritenuto inutile persino di presupporre la posteriorità del titolo relativo all'*onus refectionis* stesso al titolo costitutivo della *servitus oneris ferendi;* la realtà dunque risulta dal rapporto tra la *refectio* e la *servitus*, e, stabilito una volta per titolo l'onere delle spese nel proprietario del fondo serviente, la successione a titolo particolare in quest'onere, sia assunto contemporaneamente o posteriormente alla costituzione della servitù, ne deriva di conseguenza inevitabile dovuta alla trascrizione che rende quasi immanente il titolo di fronte ai terzi i quali sopravvengono o possono sopravvenire nella proprietà del fondo serviente. A tutto rigore, intanto, l'obbligo della *refectio* e delle spese relative non è insito così nella costituzione della servitù, da risparmiare la necessità di un titolo espresso in cui il proprietario del fondo serviente si accolli quell'onere: il titolo è necessario; e questo significa che l'*onus refectionis* non è implicito nella *servitus oneris ferendi* a carico del fondo ser-

Digitized by Google

viente, per quanto si possa dire che l'onere stesso costituisca una posizione del diritto reale e sia trasmissibile anche per successione a titolo particolare. Il diritto di abbandonare il fondo serviente, qualora non s' intenda sottoporsi all' onere assunto di far le spese per le opere necessarie all'uso e alla conservazione della cosa, non prova nulla in favore della realtà speciale dell'obbligo *refectionis* nella *servitus oneris ferendi;* poichè l'art. 643 si applica a qualsivoglia specie di servitù prediali indistintamente, e per tutte indistintamente insiste sulla necessità dell'esistenza di un titolo dal quale derivi l' obbligo alle spese stesse nel proprietario del fondo serviente anzichè in quello del fondo dominante come sarebbe per la regola generale dell'art. 641.

La caratteristica marcata nel nostro diritto sta dunque nel non aver creato nè riconosciuto espressamente regole speciali per la *servitus oneris ferendi*, quanto all'onere delle spese, e nell'averla perfettamente sottoposta alle regole generali di tutte le altre servitù prediali: per la qual cosa, senza pregiudizio del carattere reale dell' *onus reficiendae parietis* e della incorporazione di quest' *onus* colla *servitus oneris ferendi*, occorre che il titolo determini una deroga alla disposizione generale dell' art. 641, sia che questo consista in un titolo al quale non abbia preso parte il proprietario attuale del fondo serviente ma che egli abbia trovato trascritto al momento dell'acquisto del fondo serviente stesso, sia che egli abbia direttamente concorso alla formazione del titolo medesimo. È rimasto nel nostro Codice il diritto di abbandonare il fondo serviente, qualora non si vogliano sostenere le spese delle opere indispensabili a mantenere il fondo stesso in condizione di prestare il servizio richiesto: questa facoltà conferma senza dubbio il carattere reale del rapporto sul fondo, inquantochè esclude un semplice rapporto personale che non potrebbe mai schivarsi coll'abbandono della cosa. Escluso il rapporto personale, si ha la conferma *a contrario sensu* del rapporto ed onere reale; e questa conferma è per noi interessante, in quanto consolida la nostra opinione del trattarsi di un complesso di vicinalità che accompagnano i due fondi perchè sono e saranno sempre vicini, essendo immobili, vale a dire inamovibili. Ma, intanto, si domanda

Digitized by Google

perchè il legislatore moderno abbandonò quel così netto ed armonico sistema, consacrato nella pratica, dell'obbligo della *refectio parietis* che *venit in consequentiam servitutis* e richiese un patto espresso direttamente concluso o trasmesso per successione e reso pubblico dalla trascrizione: nè, come abbiamo detto, credette di fare un trattamento speciale per la *servitus oneris ferendi* in confronto delle altre servitù. La ragione è che la pubblicità richiesta con la trascrizione per i bisogni dei nuovi tempi non era richiesta ai tempi dei Romani; e, quanto al titolo costitutivo della servitù, il ritenersi possibile la costituzione d'una *servitus oneris ferendi* coll'*onus reficiendae parietis* addossato al proprietario del fondo dominante, e il ritenersi necessaria l'esistenza di un titolo per invertire quest'obbligo, per quanto in tuttociò si ravvisa di realmente contraddittorio al principio romano, non si deve forse che all'abbandono del sistema romano di procedere alla costruzione e allo sviluppo delle varie specie di servitù per tipi, e all'adozione del sistema di costruzione a base di generalizzazione e di sintesi razionale.

Praticamente, poichè queste servitù quasi sempre sono costituite per titoli, non sarà certo gran fatica inserire nel titolo costitutivo della servitù anche il patto che il risarcimento della parete sia a carico del proprietario del fondo serviente anzichè del proprietario del fondo dominante: e, trascritto il titolo con questo patto, non vi sarà più d'uopo di rinnovazione alcuna del patto stesso, perchè esso s'intenda trasmesso nei successori a titolo particolare. Questa successione, risultante dall'argomento della necessità della trascrizione, non trova d'altra parte alcun motivo che la combatta o la avversi: essa risponde tanto all'interesse delle parti quanto alla volontà del legislatore. Che sarebbe del resto il richiedere ad ogni cambiamento di proprietario nel fondo dominante o nel fondo serviente un nuovo titolo di riconoscimento o di accollazione dell'obbligo delle spese per la parete, se non un intralciare in modo ingiustificato e dannoso i possessi e la continuità dell'uso e la stessa sicura tranquillità di chi fin dapprincipio e una volta per sempre riesce a dare una sistemazione definitiva alla sua proprietà e a tutte le utilità che l'accompagnano? E poichè questo rimedio

Digitized by Google

della trascrizione ci è sufficiente per concludere alla successione a titolo particolare, è perfettamente superfluo ai nostri giorni ammettere l'esistenza di oneri che *veniant in consequentiam servitutum* indipendentemente da ogni atto o patto costitutivo. Questa è forse la vera ragione per la quale il nostro diritto e tutto il diritto moderno si sono allontanati dal concetto romano che la *servitus oneris ferendi* per la sua stessa natura e non per espressa pattuizione importi anche un obbligo del proprietario del fondo serviente e che questo obbligo del tutto eccezionalmente si traduca *in faciendo* e non resti *in patiendo*, come generalmente accade in ogni servitù.

35. Si domanda se la *servitus oneris ferendi* possa esercitarsi sopra di un tempio: e a tanto maggior ragione lo si domanda, perchè ed in quanto il Codice nostro è muto in proposito, e la stessa questione si applica così alla *servitus oneris ferendi* come a quella *tigni immittendi*. Per noi, sembra che, prima di ricorrere alla giurisprudenza romana o alla canonica, sia il caso di esaminare il quesito razionalmente, specie in rapporto alla pubblicità dell'uso di quasi tutti i templi ed anche più specialmente in riguardo a quei templi per i quali il pubblico ha diritto di uso in forza di qualche ordinamento di ragion canonica che sia stato sanzionato o riconosciuto dal nostro diritto pubblico vigente, per quanto ve n'ha, sulla proprietà ecclesiastica (il cui ordinamento rappresenta un problema non ancora intieramente risoluto e che oggi mentre scriviamo, come di tanto in quando, accenna a risorgere). Il riconoscere che una chiesa sia destinata ad uso o servizio pubblico e sia aperta a quanti vogliono entrarvi, è riconoscere un fatto di destinazione come un altro; o che questa destinazione derivi dalla legge o che derivi dal fatto dell'uomo; ma la destinazione ad un servizio pubblico, sia pure d'indole così spirituale come è il servizio religioso, non sembra tolga per nulla alla possibilità dell'imposizione di una servitù che quel servizio non turbi, abbia la servitù stessa un'origine di privilegio onorifico od una vera e propria origine patrimoniale. Senonchè, trasportando la questione sul punto di vista della commerciabilità dei beni sacri, si obbietta che un tempio, essendo inalienabile

Digitized by Google

ed incommerciabile (fino a che dura la sua destinazione al culto religioso), come non può essere venduto, così non può neppure essere sottoposto a servitù prediale. Ma una servitù d'appoggio può non compromettere la destinazione liturgica dell'edifizio, mentre può comprometterla l'alienazione: e perciò pochi templi, se non de' maggiori (basiliche), anche tra i più antichi, noi vediamo condotti a costruzione isolata. E se la costruzione non è isolata, il regolamento edilizio deve non solo governare i rapporti tra le parti dell'edifizio-tempio a sè considerato, ma anche quelli dell'edifizio-tempio cogli edifizi vicini: la quale ultima cosa rientra altresì e forse maggiormente nelle competenze di un codice civile. Se l'edifizio è unito ad altri, non può evidentemente sottrarsi al regime della vicinanza, non può ubbidire ad un regime giuridico d'isolamento, poichè in caso diverso il diritto prescinderebbe dalle condizioni di fatto e creerebbe una posizione tutto fittizia e contraria alla realtà: come è provato dalla esistenza di questi stessi rapporti di fatto o di alcuni tra essi sotto il punto di vista semplicemente onorifico. Del resto la destinazione al servizio del culto, allorchè trattasi di un servizio pubblico, può rendere più rigorosa la sistemazione del tempio dal punto di vista delle limitazioni che addimandansi servitù. E, poichè il vigente diritto pubblico ecclesiastico non può non esercitare la sua influenza anche per questo lato, conviene certamente distinguere tra tempio destinato a servizio parrocchiale e tempio non destinato a tal servizio (per la religione cattolica), tempio destinato a servizio pastorale o sala di semplice culto (per le religioni evangeliche); quanto alla religione ebraica, le sinagoghe non sono, generalmente, più di una in una medesima città e sono tutte destinate alla cura delle anime. La distinzione si fonda non su di un semplice scopo di propaganda (poichè questo scopo oggidì si riscontra in tutte le religioni aventi culto pubblico e finalità di proselitismo: e queste sono tutte le più diffuse, tranne forse la ebraica, la quale si contenta di conservare il proselitismo antico per eredità di famiglia), ma su di una vera e precisa sistemazione di diritto pubblico; sotto il qual punto di vista non può disconoscersi che il culto cattolico, sia quale religione di Stato come quale religione dotata da secoli di una proprietà

Digitized by Google

in parte riorganizzata e in parte da riorganizzare ancora, abbia un trattamento speciale e preminente, che s'impernia sostanzialmente nella destinazione dei beni ed in ispecie dei fabbricati ecclesiastici di cui si tratta. A questo riguardo, diventa quasi oziosa la ricerca se il subbietto della proprietà ecclesiastica sia la Chiesa o lo Stato, dal momento che si sa che tutto per il regime di questi beni s'impernia nella destinazione che ad essi conferisce e ad essi toglie l'Autorità ecclesiastica; cioè l'Autorità preposta al servizio del culto. Anche se si trattasse di *res nullius*, ogni quesito in proposito metterebbe capo alla ricerca della destinazione; poichè basterebbe che allo stabile fosse data una destinazione di culto per venire alla conclusione che ogni vincolo reale contrario ad una tale destinazione si debba in ogni caso eliminare, malgrado l'inevitabile rapporto di vicinanza tra i due edifizi contigui.

Supponiamo quindi che si tratti di quei beni di proprietà ecclesiastica che non sono passati al demanio; e così metteremo da parte anche la questione delle speciali discipline demaniali; ma non potremo certo esimerci dall'esaminare la questione della inalienabilità o meno, della commerciabilità o meno di questi beni, in rapporto al concetto che i beni inalienabili o incommerciabili non possano neppure essere assoggettati a vincolo di servitù prediale. Il porre un quesito della nostra specie su questi termini non è neppure esatto; perchè non pare strano che una cosa *extra commercium* debba pur pagare il suo tributo al rapporto di vicinanza, che è un puro rapporto topografico, vale a dire determinato da condizioni fisiche indipendenti da qualsiasi legge giuridica o civile. Le chiese sono *extra commercium* come ed in quanto sono edifizi destinati al culto e per il tempo che tale loro destinazione dura; non oltre quel tempo, nè al difuori, o al di là di quella destinazione: perlochè quando si fosse chiarito che la destinazione stessa non è impedita nè dall'*onus*, nè dal *tignum*, anche considerata quella destinazione sotto il punto di vista essenzialmente morale e con una latitudine molto favorevole per tutti gli addentellati che a quello scopo morale possono connettersi, non sembra che la teorica incommerciabilità od inalienabilità abbia ad esercitare in-

Digitized by Google

fluenza di sorta per escludere la servitù o metterne in dubbio la possibilità pratica. Che un bene sia o no commerciabile, è cosa che riguarda l'alienazione ossia la trasmissione della proprietà di quel bene, ma non la limitazione della proprietà di quel bene stesso; specialmente poi quando una tale limitazione corrisponde ad una speciale posizione di vicinanza, che rende inevitabile il rapporto da fondo a fondo; l'*immissio tigni* o l'*onus latum* è determinato dal rapporto di vicinanza, tanto che potrebbe quasi considerarsi come una servitù legale se fosse necessaria per l'esistenza di uno dei due edifizi vicini e non recasse un danno sensibile all'altro vicino. Or non si è giunti al punto di vedere la servitù legale in un rapporto reale *tigni immittendi* nè *oneris ferendi;* ma, se pure non si vuol questo, per lo meno non si trovi impaccio per un rapporto di questa specie nella incommerciabilità dei beni destinati al culto pubblico, se pure non ostano ragioni architettoniche per le quali abbia l'edifizio stesso destinato al culto a considerarsi come isolato e non suscettibile di appoggi od immissioni che dal punto di vista estetico potessero rappresentarne una deturpazione. Notisi pertanto che se la destinazione resta inalterata, l'appoggio e l'immissione al più non possono costituire se non un depreziamento dell'edifizio, ma questo è ancor meno sensibile appunto perchè, finchè dura tal sua destinazione, l'edifizio stesso non è alienabile, nè commerciabile in modo veruno. Poco dunque potrà interessare e pel servizio del culto e sotto il punto di vista del valore dell'edifizio che questo sia obbligato a sostenere un appoggio od a ricevere una trave; resterà inalterato lo scopo e del valore intrinseco non sarà diminuita quantità sensibile, come del valore commerciale non si dovrà tener conto, per lo meno in rapporto alla destinazione attuale dell'edifizio. Cambiando poi l'edifizio stesso di destinazione, la servitù legalmente stabilita prima di tale mutazione, non per questo dovrebbe togliersi senza una delle ordinarie cause di estinzione; e questo è naturale, perchè allora non può neppur più invocarsi la ragione della incommerciabilità. Una volta stabilita la regolarità e la legittimità nella costituzione della servitù, i successivi stadi della servitù stessa resistono dunque ai cambiamenti nella destinazione del fondo gravato della

Digitized by Google

servitù medesima. Generalmente un fondo non può essere sottratto all'esercizio e all'onere di qualsivoglia servitù stabilita su di esso, neppure qualora se ne cambi la destinazione, perchè altrimenti il cambiar destinazione al fondo sarebbe un mezzo troppo comodo per toglier di mezzo una servitù molesta senza il concorso della parte avversaria la quale prese tuttavia parte alla costituzione della servitù stessa o per contratto o con la pazienza del vicino. Or dunque non si può addurre un argomento di così tenue importanza, per escludere un rapporto che in molti casi può essere utile e pratico e può rispondere a vere e proprie ragioni di edilizia ed a veri bisogni nell'arte del fabbricare; escludere un tale rapporto, equivarrebbe a non rendersi piena e pratica ragione delle condizioni dell'ambiente.

Non conviene preoccuparsi delle disposizioni del diritto canonico e di quelle del diritto comune; questi diritti, che in fondo si riducono a un diritto solo compenetrato nell'altro, riconoscevano non solo l'inalienabilità ma una generale preminenza patrimoniale nel regime delle cose destinate al culto in confronto di tutte le altre cose; in queste disposizioni, più che alla destinazione dell'edifizio, si aveva riguardo al carattere sacro di esso. Allorchè si fosse riconosciuto appartenere quel dato edifizio alla categoria delle *res divini iuris*, esso non si sarebbe potuto sottrarre alla disciplina speciale della incommerciabilità, della invincolabilità di siffatti beni, sia pure di fronte alla imposizione d'una semplice servitù prediale, anche semplicissima, anche schematica. Ma in oggi queste *res divini iuris* non formano parte di una categoria giuridica se non in quanto esse procedono da una destinazione alla quale la consacrazione stessa è mezzo e segno, lungi dall'essere fine a sè stessa; e ciò senza tentare di diminuir l'importanza delle *res divini iuris* per loro medesime, ma dando a queste *res divini iuris* il posto che loro compete per ragion di destinazione di chi ne può disporre, sia che esse appartengano al demanio dello Stato o ad uno speciale demanio pubblico o al demanio ecclesiastico. Non è dunque una qualità e proprietà insita, per così dire, nella natura di queste cose che le toglie dalla sfera della commerciabilità, ma è un fatto dell'uomo che imprime alle cose medesime

Digitized by Google

una destinazione specifica e specialmente determinata, alla quale può corrispondere una data sistemazione economica piuttostochè un'altra. Il fatto di destinazione non è quello che risulta dalla circostanza della divisione di cui nell'articolo 632 Cod. civ., ma risulta bensì dalla consacrazione che i ministri di un determinato culto dànno ad un determinato locale per il servizio divino, secondo le regole del loro rituale e senza contraddire ad alcuna legge dello Stato o regolamento del potere civile. Se la consacrazione riesca a dare un'impronta sacra alla cosa, veramente noi non sappiamo; nè ci sembra che per questo debba la cosa stessa ritenersi inalienabile od incommerciabile. Per noi tanto è edifizio fatto di mattoni un tempio quanto una casa privata; la differenza consiste unicamente nella destinazione che per il tempio risponde al servizio divino e per la casa privata risponde all'abitazione civile. Non è la scomunica ecclesiastica per chi osa metter le mani sulle cose consacrate che ci può impressionare; non è un certo sottilissimo senso di proprietà o di possesso assoluto, che il diritto canonico, più che negli altri beni, volle accentuare nei beni ecclesiastici. L'obbiettività dei nostri principii giuridici involve una grande eguaglianza per tutte le specie dei beni, qualora non si abbia riguardo alla destinazione loro; il tugurio del povero è ragguagliato al palazzo nobiliare, come la modesta chiesa di un piccolo quartiere alla superba e maestosa basilica: soltanto, se la monumentalità del palazzo o della basilica esige per ragioni architettoniche l'isolamento del relativo edifizio, è d'uopo mantenere questo isolamento per ragioni edilizie, allo scopo di non deturpare il disegno del palazzo o della basilica stessa. Ed è qui appunto che noi dobbiamo fare appello con tutte le nostre forze al diritto civile laico, acciocchè si arrivi a comprendere, come per due vie diverse si possa magari pervenire ad una stessa conclusione, ma come noi vi perveniamo unicamente per la via che abbiamo scelta, cioè di considerare gli edifizi dal punto di vista della loro destinazione attuale e per il loro valore architettonico o monumentale. Ma appunto questi templi monumentali, perchè sono e debbono restare isolati, non hanno loro daccanto altro edifizio o casa di privati, da cui possa provenire un *onus* o

Digitized by Google

un *tignum;* la impossibilità della servitù risulta appunto dallo stato di completo isolamento, che allontana il fianco o il fondo del tempio dal fianco o fondo della casa, talvolta persino coll'intercessione della via pubblica tra l'uno e l'altra. Il ragionamento corre lo stesso, anche se si ha riguardo alle canoniche, presbiteri, palazzi episcopali, seminari che si trovino architettonicamente quasi incorporati al disegno di un tempio monumentale; perchè in ogni caso il tempio formerebbe un solo gruppo architettonico con questi edifizi accessori ed allora l'isolamento si applicherebbe in rapporto tra questo gruppo tutto intiero e gli altri edifizi vicini o circostanti. E, per giudicare se le canoniche, i presbiteri, i palazzi episcopali, seminari e simili formino un sol disegno architettonico col tempio al quale sono annessi, mentre basta il solo colpo d'occhio, può anche non meno certamente arguirsi dalla vetustà di una tale posizione di fatto. Solo un piano regolatore emanato dal potere civico potrebbe distaccare il tempio da quei suoi corpi accessori od anche importare senz'altro la completa demolizione di questi corpi stessi; dunque la costoro esistenza ed anche la violazione che per essi possa ravvisarsi di taluue norme di diritto laico, non toglie nulla a che gli altri edifizi, dal punto di vista dell'appoggio, debbano rispettare la inviolabilità della destinazione ecclesiastica; e ciò tanto più che la violazione per l'appoggio di quegli edifizi annessi che col tempio costituiscono una sola unità architettonica, dev'essere meglio apparente che reale, se si riflette che una unica Autorità ecclesiastica presiede alla destinazione degli uni e dell'altro. Ma questo stesso, rispetto al fatto della destinazione ecclesiastica, c'impone di distinguere tra le chiese parrocchiali e cattedrali da un canto e dall'altro le chiese che non hanno altra destinazione che semplicemente al culto e non per tutto intiero quel complesso di attribuzioni che costituisce la cura delle anime? Ancora, dovrà rispettarsi la destinazione ecclesiastica più o meno diretta e accentuata non solo per i templi, ma anche per gli episcopî, canoniche, presbiteri, seminari; siano o no questi ultimi edifizi architettonicamente annessi al tempio? Si è voluto distinguere tra chiese curate e chiese non curate, trovando che nelle prime il carattere di pubblico servizio (in quel certo senso, che, come vedemmo, mostra di

Digitized by Google

avere qualche addentellato col nostro diritto pubblico vigente) sia più accentuato e meriti pertanto un riconoscimento più rigoroso, colla sequela di tutti i mezzi proibitivi che ne derivano o ne possono derivare, così di regola generale, come nei vari casi singoli. Noi non possiamo sostenere che assolutamente un tal criterio sia falso; soltanto sotto il nostro punto di vista ci sembra superfluo. Quando, infatti, abbiamo riconosciuto che un edifizio è destinato a scopo di culto, noi non dobbiamo andare più per il sottile intorno alla quantità e alla specie di servizio pubblico, che in questo scopo di culto si racchiude; purchè lo scopo di culto sia connesso col servizio pubblico, la ragione dello speciale trattamento sussiste. E lo scopo di culto fa parte di un pubblico servizio, non perchè vi è il servizio di culto (e infatti il servizio del culto verso Dio può anche essere considerato come un servizio privato), ma perchè per ragioni di propaganda il locale è aperto a tutti e quindi sotto questo punto di vista è pubblico. Certamente, la pubblicità non è indispensabile a raggiungere lo scopo di culto (la propaganda non è indispensabile nè alla religione, nè al culto); e, fino a che si tratta di associazione la cui azione si esplica soltanto tra i partecipanti, non vi è d'uopo di estenderne la divulgazione in una sfera più vasta, con una propaganda per mezzo dell'insegnamento orale. Pur tuttavia non si può disconoscere che tale scopo di propaganda, connesso coi mezzi di pubblicità nell'insegnamento orale, nei luoghi appositamente destinati alla propaganda, più che al servizio vero e proprio di culto, sia riconosciuto dal nostro diritto pubblico e faccia parte delle generali libertà e della più speciale libertà di culto che si vuole estesa a tutte le confessioni e a tutte le forme di propaganda, dal pulpito al giornale. Da tuttociò dunque si argomenta che lo scopo di culto, misto alla propaganda e alla pubblicità, influisca talmente sui mezzi e talmente ai suoi edifizi comunichi tale influenza, che convenga dar la precedenza ad un tale scopo, appunto perchè nell'interesse pubblico, in confronto di qualche altro scopo in cui non si può ravvisare fuorchè l'interesse privato. E, poichè siamo sempre sull'applicazione del principio generale che l'interesse pubblico (più o meno diretto o immediato) deve prevalere

Digitized by Google

sull'interesse privato, evidentemente l'appoggio, quando pure richiesto da ragioni private, non dovrebbe effettuarsi se il pubblico interesse vi ostasse. La prevalenza dell'interesse pubblico ha luogo soltanto se e finchè vi è conflitto tra i due interessi; ma, quando conflitto non vi è, non solo è inutile ma anche ingiusto, falso, illogico, inspirato a vana soperchieria il pensare ad una prevalenza dello scopo di culto (e sia pure di culto pubblico) sullo scopo semplice di abitazione civile o di ragion privata in genere.

36. Se si tratta di edifizi scolastici o di stabilimenti industriali, non si può disconoscere che più o meno direttamente e intensamente vi sia uno scopo di pubblico interesse; ed allora sarà resa più difficile la imposizione di una *servitus oneris ferendi* a carico di questi edifizi speciali? Ed anche qui mettiamo anzitutto da parte ogni considerazione architettonica e monumentale; perchè, se si ha in mente di dare e mantenere ad un edifizio il carattere monumentale, fin da principio si provvede a ciò facendo che l'edifizio stesso sia e resti isolato dagli altri che gli sono vicini. Per gli stabilimenti industriali poi l'isolamento potrebbe anche derivare da disposizioni regolamentari per ragioni di salute o sicurezza dell'abitato; e questo isolamento allora renderebbe vana ogni ricerca intorno alla possibilità di una *servitus oneris ferendi.* Prendiamo dunque a base delle nostre indagini qualche ipotesi in cui non vi sia isolamento e l'edifizio scolastico abbia qualche casa confinante o lo stabilimento sia contiguo a qualche dimora privata. L'edifizio scolastico senza dubbio è destinato ad un servizio pubblico di non lieve importanza, qual'è la pubblica istruzione, ha bisogno di quiete, di non attirare occhi o rumori indiscreti; in una parola ha bisogno d'isolamento. Ma non a tutti gli edifizi scolastici, nè in tutti gli abitati si possono offrire quelle condizioni d'isolamento che valgano ad eliminare ogni e qualsiasi rapporto col vicino; molte volte una semplice ragione economica impedisce che un edifizio scolastico, o un istituto di educazione, un convitto siano isolati da ogni contatto colle case vicine: ed in tale ipotesi, se la destinazione di siffatti edifizi ci pone in presenza di uno scopo, al quale debba ce-

Digitized by Google

dere quello di abitazione civile, noi sappiamo come risolvere il conflitto di fronte ad una *servitus oneris ferendi.* Ma quale danno potrà derivare alla destinazione dell'edifizio scolastico per una servitù di appoggio esercitata sull'edifizio stesso da una casa vicina? Forse il peso esercitato dal vicino potrà rendere meno resistente una parete o un muro destinato a sopportare ordegni di una palestra ginnastica sui quali debba gravare la persona del ginnasta per esercizi di sbarra, di trapezio o simili? Potrebbe la proiezione dell'ombra derivante dalla parte appoggiata nel luogo dell'appoggio, impedire la penetrazione dei raggi di sole in luogo dove la loro presenza potrebbe essere utile al compimento di esperienze fisiche fondate sulle leggi dell'ottica? Potrebbe un tale appoggio impedire, nel punto ove il contatto avviene, qualche sopraelevazione o qualche corpo avanzato che per l'avvenire si rendesse, se non necessario, opportuno per ragione della destinazione dell'edifizio stesso? Tuttociò può avvenire e gli inconvenienti relativi, senza dubbio, possono diminuire l'utilità dell'edifizio stesso in rapporto colla sua medesima destinazione. Ma resta a vedere se, data una destinazione iniziale a scopo scolastico, l'edifizio che è destinato a questo scopo acquisti per ciò solo una servitù sull'edifizio vicino. Cominciamo coll'escludere un rapporto legale o coattivo per la semplice ragione di vicinanza, anche se questo rapporto non sia una vera servitù. Ma si potrà ammettere uno stato positivo che sia invece sufficiente a respingere una *servitus oneris ferendi* o qualsivoglia altra servitù che possa compromettere la destinazione scolastica dell'edifizio? Il quesito è importante, allorchè si tratta di servitù *oneris ferendi* che siasi acquistata o si voglia acquistare per mezzo di prescrizione acquisitiva; poichè allora viene in campo la legittimità dell'acquisto o della prescrizione, senz'altro. E si comprende che, se su quegli stabili non è possibile acquistare la servitù d'appoggio perchè osta la destinazione loro, non sarà neppure possibile, anzi molto meno sarà possibile acquistare la servitù stessa per mezzo di prescrizione. Come si vede, conviene andare molto guardinghi e non esagerare l'importanza dei fatti di destinazione, perchè non s'abbia ad estendere eccessivamente un tal concetto a scapito della

Digitized by Google

realtà delle cose e favorendo l'introduzione di abusi incalcolabili. Non basta che all'edifizio il *paterfamilias*, o chi nel caso speciale lo rappresenta, imprima una destinazione tale, per la quale l'edifizio stesso debba esser lasciato immune da sostegno o appoggio: occorre che una siffatta destinazione sia consona inoltre ad una necessità od opportunità pubblica, in forza della quale, secondo il riconoscimento fattone dalle nostre leggi di diritto pubblico, non si possa mettere in dubbio la convenienza della destinazione stessa e la parte caratteristica che in essa ha il diritto pubblico prevalentemente sul diritto privato. Anzitutto dunque si domanderà una buona dose, o per lo meno una dose sufficiente di pubblico interesse perchè a quell'edifizio sia attribuita una data destinazione anzichè un'altra: senza di che la destinazione stessa risulterebbe del tutto arbitraria e i rapporti patrimoniali reali non sorgerebbero che dal cozzo di arbitrî diversamente forti. Il solo interesse privato ad ogni modo deve escludersi; perchè, se il privato vuol portare la sua comodità fino al punto di non subire alcuna molestia per appoggi, sostegni od oneri di sorta, egli deve fare la sua costruzione del tutto isolata e perciò deve acquistare un'area più grande di quella che è necessaria per la fabbrica soltanto. Quanto alla scuola pubblica, essa certamente (e quì parliamo non delle scuole private pareggiate, ma delle vere scuole pubbliche, ossia delle scuole istituite dallo Stato o dagli enti minori di Stato, quali i Comuni e le Provincie) risponde sempre ad un fine pubblico e ad un fine pubblico prevalente: nè si può pretendere per questo, giusta le cose dette, che essa scuola abbia sede in un edifizio isolato dagli altri edifizi che ad esso sono vicini; poichè ciò significherebbe oltrepassare addirittura il fine voluto dal legislatore e creare dei bisogni immaginari o sforzare delle situazioni di per sè semplici e renderle complicate. Ora, se su di una parte di questo edifizio una servitù di oneramento verrebbe ad essere causa di vere e proprie molestie rispetto allo scopo dell'edifizio, senza dubbio deve il vicino astenersene rispettando la destinazione pubblica di quel locale, non perchè il locale stesso abbia alcunchè di sacro o d'intangibile per sua stessa natura o per qualche cerimonia che lo renda diverso dagli altri

Digitized by Google

edifizi destinati ad altri scopi nella vita civile. E, se il rapporto di appoggio è compatibile con la destinazione dell'edifizio scolastico perchè se ne rinforzi un muro o un fianco, l'opera di robustamento in tal caso toglie di mezzo l'inconveniente proibitorio che deriva dalla più volte ricordata destinazione. Ma ricordiamoci sempre che non si tratta qui di un rapporto necessario, vale a dire di uno di quei rapporti che comunemente si chiamano di servitù legale: per la qual cosa, in ogni ipotesi, anche dato l'appoggio o il contatto, si debbono accordare tutti quei compensi o risarcimenti che sono necessari per provvedere agli interessi dell'edifizio vicino sul quale l'edifizio o il contatto avviene. Non solo, ma può anche ammettersi che il vicino abbia il diritto di rifiutare l'appoggio o il contatto; il che però non toglie che la relativa servitù, come quella ch'è continua ed apparente, possa anche acquistarsi per prescrizione contro di lui, in guisa da rendere tardiva o inutile una sua postuma opposizione. Ma la possibilità di una servitù di questa specie vi è sempre, e questa possibilità giuridica sta per distinguere il caso in cui la destinazione dell'edifizio sul quale l'appoggio dovrebbe farsi, esclude in modo assoluto che l'appoggio stesso avvenga, e il caso in cui la destinazione di quel fondo non costituisca ostacolo per una prescrizione acquisitiva o per una convenzione dirette a stabilire l'appoggio o il contatto. Di casi nei quali la destinazione dell'edifizio sul quale dovrebbe praticarsi il contatto od appoggio, contrasti in modo assoluto e definitivo all'appoggio o contatto stesso anche per effetto di convenzione, senza dubbio ve ne sono pochissimi e meritevoli di seria discussione per evitare le esagerazioni pericolose e le interpretazioni false od azzardate. Questo quasi privilegio derivante dalla destinazione vuolsi adunque ridurre nei limiti più ristretti che sia possibile, avendo solo riguardo alla utilità pubblica e allo inestimabile valore del pubblico interesse, constatato e in diritto e in fatto secondo le discipline amministrative vigenti e tutte le altre che costituiscono l'insieme del nostro diritto pubblico, relativamente a ciascun servizio fatto in modo esplicito per il pubblico o nel quale il pubblico trovasi implicitamente interessato. Se taluni servizi pubblici, i quali oggi sono lasciati all'intra-

Digitized by Google

presa privata, fossero per mo' d'esempio municipalizzati secondo le nostre leggi, gli edifizi destinati a tali servizi (quantunque rivestano un carattere industriale predominante) potrebbero godere del benefizio di non soffrir contatto od appoggio, come se si trattasse di edifizi destinati ad un servizio pubblico ben più elevato e più spiccatamente d'indole morale. Vuol dire che in tal caso, prima d'intraprendere questa speciale destinazione degli edifizi, ossia prima dell'assunzione del pubblico servizio, il municipio assuntore troverà il modo di sistemare acconciamente e definitivamente (anche in rapporto all'avvenire) le relazioni del relativo edifizio con gli edifizi vicini dai quali potrebbe in avvenire essere domandato l'appoggio.

Ai tempi nostri i grandi stabilimenti industriali, allorchè da una parte sfruttano una materia prima prodotta ad abbondanza e prevalentemente dalla coltivazione della zona locale di territorio e dall'altra dànno alimento ad una gran parte di popolazione stanziata sopra luogo, si considerano dal punto di vista economico-sociale come quasi di pubblico interesse, almeno in quella data località. E noi abbiamo detto e manteniamo il principio generale che il diritto debba tener conto delle circostanze di fatto, siccome quello che *oritur ex facto:* da queste circostanze di fatto poi si deve ricavare la costruzione giuridica del caso speciale e tutto quanto il complesso di regole e di discipline, che si possono, anzi si debbono applicare al caso speciale. Come si vede, noi c'inoltriamo in un campo nel quale di ben limitato aiuto può tornarci il diritto romano; sono i tempi moderni che dànno risalto alle vedute economiche e alle industrie manifatturiere che tanta parte rappresentano nella vita e nella prosperità di un paese. Ora non sarà certamente un appoggio o contatto di un edifizio vicino quello che impedirà o potrà impedire allo stabilimento industriale di funzionare secondo il bisogno e l'opportunità; ma, se ciò fosse, sorge il dubbio sulla prescrittibilità acquisitiva o, meglio, sull'acquisibilità per prescrizione, di un tal diritto di appoggio, contatto o sostegno che dir si voglia. L'edifizio industriale, può dirsi, è destinato ad uno scopo che ha attinenza ben diretta e pronunciata col pubblico interesse; come tale non è suscet-

Digitized by Google

tibile d'impacci che ne limitino o ne ostacolino in qualsivoglia maniera il funzionamento pratico. Ma anche a proposito di questi grandi stabilimenti e di queste grandi industrie torna in acconcio l'osservazione che all'epoca dell'impianto si deve sistemare tutto quanto ha attinenza ai rapporti vicinali dell'edifizio industriale cogli edifizi vicini; e non solo si deve, ma si suole altresì, allorchè si tratta d'intraprese serie ed importanti, per le quali sia stata impegnata una quantità considerevole di capitali e di attività umane. E poi in questa ipotesi spesso torna in acconcio l'applicazione di altri regolamenti di polizia generale o locale, per i quali talune industrie rumorose e altrimenti nocive alla tranquillità o perniciose alla salute del pubblico abbiano i loro stabilimenti lontano dall'abitato civile e ordinariamente in campagna aperta, dove non si tratta di servitù di appoggio nè di altri rapporti di vicinanza fondiaria, e naturalmente si fa a meno di tutti gli strascichi che tali rapporti possono cagionare nel campo giuridico, nelle varie funzioni in cui il rapporto stesso di vicinanza può essere considerato o implicato. Molte volte accade che, se lo stabilimento sorge in campagna o presso a qualche corso d'acqua dal quale riceva forza motrice, la quantità considerevole di operai impiegatavi trovi molto comodo di stanziare con le famiglie in quei dintorni stessi, senza fare ogni giorno e forse più volte al giorno la via della città; ed ecco allora sorgere delle borgate operaie, in cui vi è negozio di quanto occorre ai primi bisogni della vita: laonde può dirsi che tutta quella popolazione ivi aggregata tragga i suoi mezzi di sussistenza dallo stabilimento industriale di cui si tratta e sia quasi del tutto, almeno per la vita giornaliera, economicamente indipendente dalla città. Qualche volta sono gli stessi proprietari dello stabilimento quelli che provvedono alla costruzione di grandi case operaie a tipo di falanstero, con tali combinazioni tra la comodità e il risparmio, da render molto conveniente ai proprii operai di approfittare di tali costruzioni a buon mercato e fornite di tutte le risorse dell'igiene e della vita comune. Ora, data questa posizione di fatto, è quasi impossibile supporre che sorgano conflitti tra lo stabilimento e la casa operaia o la casa dell'operaio per una meschina questione di contatto

Digitized by Google

o di appoggio di una di queste case destinate ad abitazione civile con lo stabilimento industriale, che a quelle abitazioni dà vita e quasi alimento. Dunque, se il quesito si propone, può dirsi quasi con certezza di non errare che si tratti di piccole industrie e di piccoli stabilimenti situati in città, ai quali non è necessario, nè per un verso, nè per l'altro, procacciare isolamento e sui quali può benissimo aver luogo un contatto od appoggio senza per questo render vano lo scopo dell'edifizio o dell'industria che in esso si svolge e produce. In ogni caso si noti peraltro che la posizione di fatto e di diritto di un edifizio destinato al culto, non è la stessa della posizione di fatto e di diritto di un edifizio industriale, dal punto di vista dell'utilità pubblica e del servizio pubblico ai quali i rispettivi edifizi sono destinati. L'interesse pubblico nelle industrie è propriamente l'interesse dei consumatori e non quello dei produttori; e dall'officina al consumatore vari sono i passi che deve percorrere il movimento economico e commerciale della merce prodotta, poichè il consumatore, generalmente parlando, non è in contatto diretto collo stabilimento produttore, ma sotto varie forme e con vario nome si serve degli intermediari che vanno dal grossista al rivenditore al minuto. Il prodotto refluisce dallo stabilimento, che è, come il cuore centro del sistema sanguigno, centro di tutta quanta la circolazione dei prodotti; ma il pubblico, allorchè acquista un prodotto, non si preoccupa se non della bontà o dell'utilità del prodotto stesso, senza ricercare se esso provenga dallo stabilimento od opificio *A* piuttostochè dallo stabilimento od opificio *B:* l'interesse pubblico, tranne casi speciali e industrie speciali, non è dunque intimamente e direttamente legato con un dato edifizio e col modo di essere e di funzionare dell'edifizio stesso anche dal punto di vista dei rapporti di vicinanza. Trattandosi invece di un edifizio destinato al culto od all'istruzione, è da notarsi che i fedeli o il pubblico che vi accede con animo disposto a lasciarsi catechizzare o gli studenti si pongono in rapporto diretto od immediato coll'ambiente, considerato così sotto il punto di vista delle persone, come sotto il punto di vista delle cose. E ciò dicasi soprattutto in ordine agli edifizi destinati al culto. Laonde, e specialmente per gli edifizi destinati al culto

Digitized by Google

e nei quali l'ambiente anche materiale, per la sua disposizione e per la sua attitudine ad effetti mistici, può riuscire sovente talmente suggestivo da cooperare direttamente colla predicazione e col ministero personale, può darsi che un lieve spostamento, una lieve modificazione al piano architettonico iniziale talvolta danneggi lo scopo intiero e la destinazione dell'edifizio stesso. In tale ipotesi non si può mettere in dubbio la diversità degli effetti di un contatto od appoggio su di uno stabilimento industriale e di un contatto od appoggio su di un tempio od edifizio qualsiasi destinato al culto: nell'un caso il fatto potrà essere indifferente o quasi; nell'altro potrà avere un'importanza di un certo grado. La diversità può, fino ad un certo punto, importare anche una diversa sistemazione o regolazione dei rapporti giuridici; ma le relative questioni non debbono risolversi con criteri gretti e rigidi, bensì avendo riguardo alle varie circostanze dei casi e all'insieme dei diritti, non senza riferirsi ai regolamenti edilizi e di pubblico ornato, ed in ogni caso senza esagerare il diritto eccezionale di questi edifizi e senza riportare in voga i vieti privilegi che derivavano ed erano riconosciuti per diritto canonico in tuttociò, persone o cose, che potesse avere attinenza più o meno diretta col servizio e collo scopo di culto. Se, a mo' d'esempio, si trattasse di un contatto di poca importanza, di nessun pericolo, di un danno non prevedibile nè rilevante di fronte ad ogni previsione più sospettosa e rigida, sarebbe quasi il caso d'invocare la massima provvidenziale — *de minimis non curat praetor.* — Senonchè, trattandosi di un'azione giudiziaria che deve essere posta in moto ed istruita dalle parti interessate, il giudice necessariamente deve prenderne cognizione e curarsene; ma nessuno e nulla certamente potrà vietargli di portare sulla situazione giuridica così delineata quell'apprezzamento che egli crederà più esatto e più serio, più corrispondente alla vera natura del diritto e alla vera indole della situazione giuridica. Certamente, come più volte si è detto, il rapporto di contatto tra due edifizi vicini non è un rapporto necessario od obbligatorio per legge, ma è un rapporto facoltativo o contrattuale, al quale, malgrado le richieste dell'uno dei due vicini, l'altro vicino può risolutamente ri-

Digitized by Google

fiutarsi: perlochè la questione si riduce tutta al valore da attribuirsi ad un tentativo o ad una pretesa di prescrizione acquisitiva del rapporto stesso. La questione è dunque se sia prescrittibile una tal servitù, poichè noi abbiamo posto da parte anche il concetto dell'inalienabilità; ma una tal questione, posta dal punto di vista soprattutto pratico e prescindendo da un maggiore o minor rigore nei requisiti di legittimità della prescrizione, offre già un lato più favorevole per l'acquisto della servitù che non per il diniego di acquisto della servitù stessa. Perciocchè se per ben trenta anni, senza neppure l'esercizio di una generica azione possessoria, si è potuto e voluto tollerare un tale stato di fatto, è segno quasi certo che la destinazione dell'edifizio sul quale aveva luogo il contatto non era punto incompatibile col contatto stesso e poteva benissimo conciliarsi con esso; altrimenti si sarebbe avuto prima qualche lamento o qualche recriminazione giudiziaria. Ciò però non toglie che questa presunzione possa esser combattuta od anche annullata da altri mezzi più adatti di prova, dai quali risulti l'incompatibilità tra la destinazione e il contatto, se pure di tale compatibilità o meno si faccia questione.

37. Ma il rapporto di confine è desso il presupposto necessario per la costituzione e l'esistenza di una servitù di appoggio? Non ci sembra che debba ritenersi in modo assoluto. L'appoggio di una trave può effettuarsi senza dubbio anche attraverso uno spazio intermedio vuoto prima di giungere alla parete di un edifizio opposto, dove l'appoggio stesso si va ad effettuare. Si tratterà magari di un piccolo spazio intermedio, ma tanto quanto basta per interrompere la contiguità dei possessi tra i quali si stabilisce l'appoggio e tra i quali va a costituirsi il rapporto giuridico di cui si tratta. Non è neppure possibile che lo spazio interposto si consideri alterare in un modo qualsiasi un rapporto stabilito a distanza e mantenuto a distanza per la sua interposizione; poichè rapporto giuridico ci è sempre e questo rapporto giuridico risulta dal fatto dell' immissione e dell' appoggio, nè si può mettere in dubbio, come non si può mettere in dubbio l'esistenza dell'immissione o dell'appoggio stesso. Soltanto, come

Digitized by Google

apparisce evidente, il rapporto si complica; e lo abbiamo già constatato.

Sarebbe peraltro completamente erronea la costruzione del rapporto nel senso di pretendere che si stabilisca direttamente tra i fondi contigui, ossia tra quella parete su cui la trave riposa e l'area contigua attraversata dalla trave stessa; e che questo ultimo fondo, ossia quello ch'è attraversato dalla trave per giungere al punto di *requies*, sia esso dominante rispetto al fondo nel quale la trave è intromessa o si appoggia: quasichè esso solo fosse obbligato a sostenere passivamente la servitù nei rapporti col fondo, dal quale la trave parte, ed esso solo fosse attivo nella servitù di appoggio in rapporto col fondo nel quale la trave è immessa. Una tale costruzione, diciamolo subito, sarebbe falsa di sana pianta e guasterebbe l'indole di tutto il contenuto giuridico quale scaturisce dal fatto. Il fondo o l'area intercedente tra la parete da cui parte il *tignum* e la parete sulla quale il *tignum* stesso va a *requiescere*, considerato sotto il punto di vista dello scopo della servitù di cui si tratta, non può ritenersi attivo; perchè ad esso fondo non appartiene il *tignum* a riguardo del quale va ad istituirsi il rapporto di servitù in oggetto. Nè può ritenersi passivo se non come intermediario al passaggio della trave; perciocchè esso non è preso di mira direttamente dalle funzioni della *requies*, ma serve soltanto come di mezzo alle funzioni stesse, quasi come di transito o di passaggio della trave semplicemente. D'altra parte il fondo dal quale muove la trave non può pretendere dall'area interposta ciò che l'area interposta non può dare, ossia la *requies* o l'appoggio della trave stessa: la sua sarà una servitù passiva di transito o d'interposizione, ma non è certamente più di questo, nè è cosa diversa da questa. Se una servitù è per suo conto, è una servitù collegata ma di contenuto diverso da quella della immissione della trave; è una servitù in rapporto di mezzo a fine coll'altra servitù, ma che dell'altra servitù non può dirsi far parte, rappresentando essa una servitù a sè stante e dotata di una veste propria con un proprio contenuto. La servitù risulta dai fatti e dalla posizione dei luoghi, secondo lo scopo delle parti contraenti o degli utenti di essa: non è una finzione del diritto nè un vano giuoco d'in-

Digitized by Google

gegno o di costruzione; dal momento che essa risponde ad una necessità o ad una posizione concreta, effettiva, impellente. La *causa* della *servitus tigni immittendi*, come quella della *servitus oneris ferendi*, non può essere che una sola: quella cioè di esercitare un' *immissio* o di far gravare un *onus*, allo scopo di rendere possibile l'esistenza o la durata di una fabbrica che si è costruita o che si sta costruendo. Si comprende bene come da questo punto di vista la presenza di un'area interposta sia del tutto indifferente o irrilevante; perchè anzi la servitù funzionerebbe egualmente, o forse anche meglio, se quell'area interposta fosse ridotta a minor estensione e non appartenesse in proprietà ad un terzo diverso dai proprietari dei due fondi posti tra di essi in tale rapporto di servitù.

Digitized by Google

CAPO II.

Per sostegno con immissione nello spessore.

38. Servitù romana tipica *tigni immittendi*. — 39. Portata meccanica della *immissio* del *tignum*.

38. La *servitus tigni immittendi* nel diritto romano può chiamarsi una servitù tipica, specialmente perchè la sua individuazione è costituita in modo speciale dal concetto dell'*immissum*, del quale pare che essa servitù abbia quasi la privativa e che sembra ne formi il contenuto sostanziale: talchè, prevalendo quasi in essa il concetto dell'*immissum*, venne a chiamarsi più sovente *ius* che *servitus*. GIAVOLENO, traendo la distinzione da LABEONE, sostiene *inter proiectum et immissum hoc interesse, quod proiectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia moeniana et suggrunda essent; immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes quae immitterentur* (L. 242, § 1, Dig. 50, 16). Ma di questa distinzione tra *proiectum* ed *immissum* ci siamo già occupati precedentemente. E, *tigni appellatione*, ci dice GAIO (L. 62, Dig. 50, 16), *in lege duodecim Tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur;* vale a dire ogni specie di materiale di cui è o può essere formata una casa o un edifizio qualsiasi. Sono anche notevoli due frammenti dell'editto provinciale di GAIO (L. 2 e 6, Dig. 8, 2), nei quali tra le servitù dei predii urbani si annovera quella *immittendi tigna in parietem vicini*, e, quanto alla perdita dello *ius tigni immittendi*, si conclude che: *item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus* (1) *ita habueris; alioquin,*

(1) Quest'espressione *per constitutum tempus*, come si sa, rileva che l'azione dei compilatori giustinianei sul testo gaiano ha potuto tendere a ridurre anche più chiara la risoluzione del giureconsulto: la qual cosa sta a determinare l'importanza della disposizione stessa nel diritto giustinianeo, anche sotto il punto di vista dell'applicazione pratica.

Digitized by Google

si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet. Per quanto poi riguarda le azioni relative alla *servitus tigni immittendi*, nel Dig. 8, 5, abbiamo due frammenti che ULPIANO e POMPONIO hanno fornito alla legislazione giustinianea. Nel frammento 8, §§ 1 e 2, è detto: *competit mihi actio adversus eum qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatorium facere, superque eam parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant. Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum ut tigna suscipiat; quod non est contra genera servitutum.* Nel fr. 14, pr., poi si dice: *si quum meus proprius esset paries, passus sum te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes; uno etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.* Nella l. 18, § 2, Dig. 8, 6, poi PAOLO risolve che: *si quum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore* (1) *aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit.* Del resto si sa che l'opera dei *mensores* era anche adibita per misurare il *tignum;* nei commenti edittali infatti ULPIANO (L. 5, § 2) e PAOLO (L. 6), entrambi al Dig. 11, 6 (*si mensor falsum modum dixerit*), parlando del *mensor* il quale *alterius rei mensuram falsam renuntiasse dicetur*, tra le varie altre ipotesi fa quella che egli *aream vel lignum vel lapidem metiendo mentitus fuerit.* Dunque la *servitus tigni immittendi* doveva essere in Roma di frequente uso e tra le più minutamente disciplinate, quantunque ad essa non rispondesse un titolo apposito del *Digesto.* La *servitus tigni immittendi* era dunque perfettamente azionabile (e la formola era — *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat*); il diritto all' *immissio* del *tignum* poi si perdeva, allorchè per il tempo necessario a conseguire la prescrizione del diritto di servitù il *foramen* entro al quale prima penetrava il *tignum* fosse rimasto turato e quindi

(1) V. nota alla pagina precedente.

Digitized by Google

inutilizzabile per lo scopo della *servitus tigni immittendi*. Dunque non si può per l'insieme di tutte queste ragioni rifiutare il carattere di servitù tipica a quella *tigni immittendi* nel diritto romano, in mezzo alla serie di tutti i rapporti di vicinanza, rivestiti dell'indole di servitù o del carattere di semplici *iura in re:* si era provveduto a tutto e in tutto si vedeva non la fisionomia d'un rapporto isolato, ma la vera e propria fisionomia d'insieme, in tutte le manifestazioni sue, in tutte le sue modalità, nei vari rapporti di cui si compone. Si è detto poi bene a ragione che nella l. 8, § 2, Dig. 8, 5, ULPIANO attese soprattutto a render pratica la distinzione tra *servitus tigni immittendi* e *servitus oneris ferendi*, escludendo che in quest'ultima possano le riparazioni esser messe a carico del proprietario del fondo serviente: la qual cosa se occorresse, ha una riprova anche nel fatto che il proprietario del fondo serviente, facendo il contrario (e cioè turando perfino il buco per il quale deve passare il *tignum immissum*), può anche tendere allo scopo che il vicino *amittat ius suum*, mentre l'*onus reficiendae parietis* costituisce una difficoltà o un intoppo anche maggiore sotto il punto di vista della perdita del diritto o dell' usucapione della libertà. Infatti, l'avente diritto alla servitù, nel chiedere che questa a lui si presti può chiedere e ordinariamente chiede altresì che sia riattata la parete; e viceversa, chiedendo il riadattamento della parete, implicitamente viene anche a fare e a domandare al giudice la confermazione od affermazione e all'avversario il riconoscimento o l'ammissione (confessione a somiglianza dell'azione confessoria, allorchè di questa si può fare uso) del diritto proprio alla servitù sul fondo dell'avversario.

La fisionomia delle due servitù o diritti reali adunque è perfettamente diversa e non si può confondere neppure quanto agli effetti e alle circostanze di adempimento. Se al *tignum immissum* o, meglio, *immittendum* o *iterum immittendum* fa ostacolo la chiusura del *foramen* pel quale prima il *tignum* stesso passava e pel quale non può non passare in caso di ristabilimento del rapporto giuridico relativo, non si può domandare la riapertura del *foramen* stesso come mezzo per esercitare la servitù, ma conviene chiedere addirittura il riconoscimento del diritto alla servitù stessa. Domanda alla

Digitized by Google

quale si può contrapporre benissimo la prescrizione estintiva del diritto di servitù attiva ed acquisitiva del diritto di libertà del fondo che si pretende debba servire, dipendente dalla protratta chiusura del *foramen* entro il quale il *tignum* era introdotto e dovrebbe trovarsi se si esercitasse la *servitus tigni immittendi* tuttora.

Quali erano le condizioni e le circostanze caratteristiche del *tignum requietum in foramine*, nella servitù romana *tigni immittendi?* Anzitutto la circostanza di fatto della *requies* del *tignum* importava che il *tignum* stesso non si potesse muovere dalla situazione nella quale si trovava entro il *foramen*: la zona della servitù era perfettamente localizzata e fissa, nè poteva variare od oscillare in uno spazio più vasto di quello strettamente necessario per contenere il *tignum*, talchè nè sul momento nè per l'avvenire era ammesso potersi spostare una tale zona di *requies*. In sostanza però, sotto questo punto di vista può domandarsi cosa mai vi fosse di diverso tra la *servitus tigni immittendi* e quella *oneris ferendi*. Dal punto di vista della costruzione della figura giuridica, quale si rivela per le espressioni adoperate nel determinarla, intendiamo dire che la *servitus tigni immittendi* rappresenta la funzione attiva di chi ha diritto all'esercizio della servitù, mentre la *servitus oneris ferendi* rappresenta la funzione passiva della persona sulla quale fa carico l'esercizio stesso, ma che da sua parte deve prestarsi e cooperare a quell'esercizio e a quelle funzioni. E qui sta il nocciolo di tutta quanta la differenza tra l'una e l'altra specie di servitù; per la qual cosa tutte le altre differenze si possono graduare e classificare attorno a questa fondamentale e da questa trarre elemento d'importanza.

Quanto all'esercizio, non può sfuggire che una semplice *requies* di un *tignum* non si può paragonare, generalmente parlando, sotto il punto di vista della quantità, ad un *onus latum* il quale di regola occupa una superficie maggiore di quella occupata dall'*immissio tigni*. S'intende peraltro che la *requies tigni* non è però tale, che anche per essa non si debba avvertire un senso di pesantezza o d'incombenza: poichè, se il *tignum* non dovesse pur servire a qualche ufficio nella costruzione da cui parte, sarebbe perfettamente inutile farlo

Digitized by Google

sporgere ed appoggiare sull'edifizio vicino. Ma il peso che grava sul punto e sull'estensione di *requies* del *tignum* non è diretto come potrebbe essere per un contatto od appoggio; esso si attutisce man mano che la trave si allontana dal punto di partenza e dal punto dove trovasi concentrato meccanicamente il carico dell'edifizio vicino. Un po' di peso all'estremità della trave, là dove questa *requiescit* nell'edifizio vicino, come si è detto, deve pure esserci; altrimenti l'*immissio* e la *requies* sarebbero perfettamente superflui, anzi proprio inutili: per calcolarlo conviene tracciare le opportune linee componenti e da queste dedurre la risultante di forza ossia di peso. È anche possibile che la *tigni immissio* si combini coll'*onus latum* come complemento di quest'ultimo; ed in tal caso la coincidenza strutturale delle due figure non toglie che l'una e l'altra possano e debbano considerarsi separatamente per ogni altro effetto che non sia quello della composizione strutturale, che importino diritti ed obblighi diversi, rispettivamente, da una parte e dall'altra: il rapporto di mezzo a fine che può esservi nell'una rispetto all'altra non implica l'assorbimento del contenuto dell'una nel contenuto dell'altra, nè che l'*onus reficiendae parietis* importi l'*onus* del mantenimento del *foramen*, se pure quest'ultimo non è stato pattuito nel contratto espressamente. D'altra parte il rapporto di causalità sembrerebbe indurre a questo appunto, di fare un apprezzamento più sintetico delle due forme di servitù, tenuto conto dell'intenzione delle parti contraenti il duplice vincolo di servitù e appunto in omaggio ad una siffatta intenzione: la qual cosa regge tanto più in diritto nostro, inquantochè in esso non si sono riprodotti i due tipi romani *oneris ferendi* e *tigni immittendi* ed è libero alla volontà delle parti di plasmarsi delle forme di servitù anche amalgamando due o più figure tipiche romane o costruendo delle forme nuove e quasi fantastiche di servitù.

Nondimeno, allorchè la volontà delle parti non può risultare fuorchè da un vago rapporto di causalità tra le due forme, sembra cosa prudente di applicare la concezione tipica romana, quale ci risulta per la tradizione di quella giurisprudenza così mirabile e pratica.

Digitized by Google

Emancipazione facoltativa dal tipo romano non significa infatti abolizione del tipo stesso nè eliminazione di ogni criterio classico che non sia voluto o richiamato espressamente nell'atto costitutivo; poichè altrimenti si terminerebbe nell'arbitrario e sarebbe opera di pura demolizione tanto quella degli interpreti del diritto quanto quella dei ricercatori della volontà delle parti. Certamente, in diritto romano tra le due figure differenza v'era e la differenza non si arrestava di fronte a nessun rapporto di causalità voluto dalle parti tra le due figure; poichè i testi non accennano affatto a questa particolarità, nè vi è ragione logica impellente per escludere la differenza di fronte a quel rapporto e in considerazione del rapporto stesso. Certamente per lo meno, la fissazione e lo stabilirsi di taluni rapporti tipici di servitù significa che la pratica favoriva la distinzione e se ne giovava; in caso diverso tutto il lavorìo creatovi attorno ed accettato anche nel diritto giustinianeo non si dovrebbe che ad una pura e semplice aberrazione e deviazione del diritto dalla sua retta strada. In pratica poi non di rado l'*onus* si esplica senza *immissio* ed è costituito da un puro contatto o rasentamento senza alcuna specie di compenetrazione, ed avviene per forza o peso che si esplica dall'alto al basso sulla stessa linea verticale, non già su di una linea orizzontale in relazione alla quale la forza di appoggio descriva una forma rudimentale di zig zag, per modo che la forza iniziale di gravità resti non poco ammortizzata in confronto di quanto sarebbe o potrebbe essere se il contatto o il peso, anzichè latistante, fosse del tutto sovrastante.

L'*onus* dunque si esplica per forza naturale di gravità senza la complicazione della legge o dello strumento di una leva meccanica che diriga o determini la direzione e la distribuzione della forza iniziale: l'*immissio tigni* d'ordinario importa un peso minore o che giunge per lo meno assai più attenuato di un appoggio diretto della stessa quantità, risalendo al punto di partenza. Tra il verticale e l'obliquo infatti vi è differenza nel calcolo delle forze, anche se collocati ad uno stesso livello; e quasi sempre l'*immissio tigni*, accompagnata dalla relativa *requies*, non serve che al sostegno di un peso relativamente assai circoscritto e limitato anche per

Digitized by Google

lo spazio della sua influenza: tuttociò non poteva sfuggire e non isfuggì alla mente acuta e osservatrice dei Romani, i quali, pur senza molta pompa di dimostrazioni e di postulati, sapevano ben cogliere il lato pratico di ogni rapporto di fatto e desumerne conseguenze giuridiche adatte per risolvere qualsiasi difficoltà della relativa posizione. Eliminato altresì l'*onus reficiendi foraminis* anche per la poca importanza che la *immissio tigni* ha o può avere di fronte al *ferre onus*, il valore del rapporto giuridico di cui si tratta, resta di molto attenuato così per il contenuto come per le conseguenze di esso nei rapporti tra le parti, ossia tra i vicini, sotto il punto di vista della somma dei rapporti stessi quanto ai diritti ed agli oneri rispettivi.

È difficile che la *requies tigni*, se non è accompagnata dal *paries communis*, possa avere una grande importanza come molestia che s'impone a chi deve sopportare l'*immissio*; e se pure questa *requies* uno scopo deve a sua volta averlo, lo scopo stesso dell'*immissio* di per sè considerata è di una entità enormemente minore della entità dell'*onus* nella *servitus oneris ferendi*. Ciò però non toglie che, quando siasi promesso di sopportare la *requies* o l'*immissio* nel *foramen* e il *foramen* e non si presti nulla di tutto ciò, resti sempre fermo l'obbligo della servitù anche se decorrono trent'anni dall'epoca in cui la prestazione doveva avere effetto: non potendosi prescrivere un rapporto non ancora stabilito tra le parti, ma solo potendosi prescrivere il rapporto stesso quando cominciò ad essere in corso di esecuzione e poi l'attuazione di esso fu interrotta. Questo non implica nulla oltre la semplice *patientia* da parte di chi deve sopportare l'esercizio della servitù: non si tratta dunque di una posizione paragonabile all'*onus reficiendae parietis*, poichè non si deve nè aprire nè mantenere aperto il *foramen*. Vuol dire che se l'inizio e il proseguimento dell'esercizio della servitù stessa si rende in un dato momento impossibile, si adopereranno i mezzi legali accordati per assicurare al proprietario del fondo dominante l'esercizio relativo: mezzi legali i quali siano comportabili colla specie della servitù di cui si tratta a tenore della sua portata di diritto reale, ma non però ad ogni modo snaturando in rapporto personale quello che è di per sè e

Digitized by Google

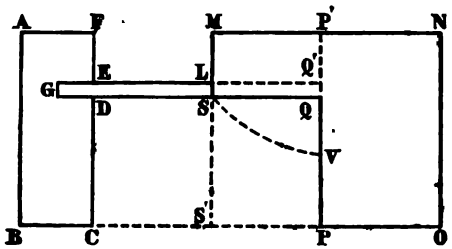
deve rimanere un diritto reale, malgrado tutti i mezzi accordati ad una determinata persona per ottenerne l'adempimento. L'azione non deve, nè può mai snaturare l'indole del diritto al quale si applica; o, piuttosto, siamo noi che non dobbiamo trar pretesto dall'azione per cambiare l'indole del diritto al quale l'azione stessa si riferisce, quantunque la necessaria presenza di un *foramen* possa mettere nell'imbarazzo anche dopo riconosciuto il diritto all'esercizio della servitù. Ma lo stesso potrebbe dirsi anche nel caso di demolizione e mancata ricostruzione di un edifizio tenuto a prestare un'altra servitù qualsiasi.

39. La immissione della trave produce sempre un sostegno, sia pure allo stato di *requies*, nel fondo in cui l'immissione stessa avviene; e però a ragione, in una classificazione sistematica, una tale servitù può annoverarsi tra quelle di sostegno, con aggiunta della caratteristica speciale dell'immissione di spessore, che è e rappresenta senza dubbio una lesione di continuità nel fondo serviente. Questo, più che una diminuzione di solidità nel muro in cui penetra la trave, importa un attentato, diremo così, nel cuore del diritto di proprietà considerato nella sua potenzialità illimitata astratta: che anzi, dal punto di vista della solidità o consistenza del muro nel quale l'immissione avviene, si tratta soltanto di sostituire nello spazio occupato dal *tignum* ad un materiale di mattone o di pietra un materiale legnoso delle stesse dimensioni. Molto meglio poi, se la trave è metallica, la solidità di quella parte del muro lungi dall'essere compromessa, si rafferma e si aumenta in non pochi casi più di quanto avrebbe potuto essere senza di una tale *immissio*. Questo della solidità quanto al materiale e allo spessore del materiale; poichè conviene partire da altre considerazioni quanto al peso od all'*onus* che l'*immissio* cagiona nel fondo in cui è stato praticato ed utilizzato il *foramen*.

Il caso tipico di immissione della trave è il seguente: Sia *ABCDEF* la sezione del muro di una casa destinata a sopportare l'*immissio* della trave *GDSQQ'LE* proveniente dai punti *QQ'* ed *L* del vicino edifizio *LMP'NOPQS* ed in essa la zona di riposo della trave immessa sia *GDE*. Ora sulla

Digitized by Google

parte *LSQQ'* della trave *GDSQQ'LE* riposi l'avancorpo *MSQP'* dell'edifizio *LMP'NOPQS*, mentre l'altra parte *NOPQQ'P'* dell'edifizio stesso si trovi al di fuori della zona di sporgenza della trave, anche se questa prosegua nello spessore o nel vuoto di qualche ambiente sino alla parete opposta *NO*. Ora sulla trave *GELQ'QSD* grava il corpo di fabbrica *MLQ'P'*; e questo corpo di fabbrica deve pure esercitarvi un peso sulla parte di trave *LSQQ'* sulla quale incombe, ma non soltanto ivi, bensì su tutto il resto del braccio della trave stessa, o almeno fino a un certo punto di essa.



Se noi infatti, dappresso e a sinistra della zona *LS* di quella trave, consideriamo successivamente dei punti *L'S'*, *L''S''*, *L'''S'''* e così via, sempre più avanzati verso *G*, troveremo su quei punti stessi, più o meno e fino ad un certo limite, ripercossa la gravitazione del corpo di fabbrica *MLQ'P'*. Questo limite potrà restare al di quà o al di là di *ED* a seconda dei casi, ma certamente non coincide mai in *LS'* tanto da non oltrepassare più oltre in senso opposto alla direzione della quale proviene il peso in senso verticale: poichè qui, a proposito della *servitus tigni immittendi*, si potrà ripetere sostanzialmente l'argomentazione già svolta a proposito della servitù di appoggio di un muro o di una casa su di un altro muro o su di un'altra casa. La distribuzione del peso, naturalmente, si affievolirà sempre più man mano che ci si allontana dalla verticale *MS* e la qualità del materiale non sarà certamente l'ultimo dei fattori da prendersi in considerazione nel calcolo della forza passiva che sta a carico del muro *ABCF* considerato come sempre più inoltrantesi verso il corpo sporgente *MLSQQ'P'*. Altri fattori entreranno, nè può dirsi che noi dobbiamo giungere a misurare con precisione matematica la risultanza di tutte queste forze e di tutte queste resistenze unite e combinate insieme; dovremo soltanto ottenere risultati approssimativi, risultati oscillanti tra un errore

Digitized by Google

massimo e un errore minimo, ma nulla di più o di meglio che questo.

Non si può peraltro neppure trascurare il regime giuridico della zona soprastante e sottostante alla trave *EDLS*, nello spazio cioè in cui la trave stessa rimane allo scoperto, e cioè così nel sottosuolo come nel suolo e nell'aria al disotto e al disopra della parte di trave stessa sporgente tra l'uno e l'altro corpo di casa o di muro. E di vero o lo spazio che ha la sua base in *CP*, o in *CS'* o in *PS'*, appartiene al proprietario del muro *ABCF*, o al proprietario del muro *PP'NO*, o al proprietario dell'avancorpo *MLSQQ'P'* (nel caso che il proprietario di quest'avancorpo sia diverso dal proprietario del corpo *PP'NO*), o a nessuno di questi tre. Se appartiene al proprietario del muro *ABCF* dalla parete *CF* sino alla perpendicolare *MS'*, la parte di trave *EDLS* scoperta tra un muro e l'altro esercita una servitù, che non è di appoggio, ma d'immissione, o, piuttosto, di attraversamento sul fondo stesso o sulle adiacenze del fondo stesso nel quale si esplica la *tigni immissio*. Questo rapporto passa tuttavia in seconda linea poichè non sembra che di veicolo al rapporto finale della *tigni immissio*. Ma certamente, se il proprietario del terreno volesse fabbricare in *CS'* o *CP* o volesse spingere un avancorpo dalla parete *FC*, troverebbe un ostacolo insormontabile nella trave attraversante, per poco che la sua fabbrica dovesse sollevarsi sino a *D* o spingersi in un punto qualsiasi da *D* ad *F*. Quest'ostacolo e questa posizione di fatto si possono concepire come la mancata comunione di muro tra i due edifizi o fondi vicini; talchè di mano in mano che le due pareti *FC* ed *MS'* si considerano come vicine, l'attraversamento è minore e col contatto delle pareti si elimina, mentre per la comunione del muro poi non ha più ragion d'essere. Se appartiene al proprietario dell'avancorpo *MLSQQ'P'*, l'attraversamento avviene nella sua area, e la servitù comincia a manifestarsi in *ED* cioè al punto di contatto e d'ingresso per la parete *FC* nel muro *ABCF*, anche se la trave raggiunga la parete opposta in *AB*; non prima di questo punto, nè prima di questa parete. Allorchè l'intersezione della trave dalla parete donde è spinta alla parete contraria avviene a perfetto contatto e rasentamento della parete stessa, e cioè allorchè *CS'* = zero,

Digitized by Google

come nel caso anzidetto, si ha piuttosto una forma da regolarsi a tipo di servitù di appoggio della parete completa *MS*, se pure non si tratta di vera e propria comunione di muro. Se appartiene al proprietario del corpo *PP'NO*, allora convien supporre che già sul fondo relativo siasi esplicata la servitù dell'avancorpo *MLSQQ'* prima di spingere in avanti la trave, e precisamente sulle perpendicolari *QP* e *SS'* e intermedie anche oltre i loro prolungamenti al disopra di *S* e di *Q*; e che questa servitù di occupazione di una quantità maggiore o minore di spazio aereo sia continuata nello spingere avanti la trave nel percorso *EDSL* corrispondente al piano *CS'* e zona soprastante senza limite estremo di altezza.

Che se in mezzo ai due muri o corpi di muro o ad un muro da una parte e ad un avancorpo dall'altra la zona *CS'* o *CP* appartiene ad un terzo diverso dai proprietari dei due muri o dei due corpi di muro o del muro e dell'avancorpo, allora è con questo terzo o contro od in confronto di esso che dovrà regolarsi il rapporto di attraversamento: rapporto che, presentandosi come noi lo abbiamo sopra configurato, non si allontana neppure in questo caso da un vero e proprio rapporto di servitù, mezzo all' altra *tigni immittendi*, ma non pertanto di per sè completa e degna di essere considerata a parte con criteri tutto suoi e speciali e con un contenuto autonomo. Allorchè la trave è arrivata in *ED*, non può dirsi per questo che abbia legalmente attraversato lo spazio che s'interpone tra l'uno e l'altro muro; talchè questo terzo proprietario dello spazio interposto potrà sempre far valere le sue ragioni contro l'attraversamento, anche se l'immissione della trave sia un fatto compiuto e regolare o per tale sia ritenuta dal proprietario del fondo dove il *tignum requiescit*: questa circostanza è del tutto indifferente per il terzo che vuol sostenere le sue ragioni e che intende per tal bisogna adire le vie giudiziali e mettersi in regola e in armonia tra la posizione giuridica e la posizione di fatto. Certamente, se il terzo riesce ad esimersi legalmente dall'onere della trave attraversante, questa non può giungere al punto della *requies* e si rende perciò impossibile l'attuazione della *servitus tigni immittendi*, quantunque siasi acquistato il diritto ad una tale *immissio* in rapporto col fondo o parete *ABÇF* e quan-

Digitized by Google

tunque il proprietario di questo fondo o parete non trovi o non possa trovare argomento in contrario all'attuazione dell'*immissio* e della *requies*.

Però, se il proprietario del fondo da cui parte l'immissione, per lo appunto a scopo d'immissione nella parete contraria, ha attraversato le pareti interposte, un tale attraversamento non è fine a sè stesso ma bensì mezzo per la *immissio* e la *requies* nella parete opposta: la qual cosa, come si osservò, non toglie però nemmeno che le due servitù debbano considerarsi separatamente e con criteri distinti l'una dall'altra e che a ciascuna di esse debba separatamente applicarsi l'esame critico del giureconsulto per vedere se concorrono gli estremi prescritti per la costituzione d'una servitù prediale e per determinare con precisione il contenuto pratico del rapporto giuridico e le sue modalità essenziali. Evidentemente, se si volessero obbligare i fondi e le persone legate in forza dei due rapporti alla costruzione di un rapporto unico, tutti e tre gli interessati dovrebbero intervenire in un atto unico e concorrere alla formazione di una sola figura giuridica, determinata dal fine ed esplicata attraverso al mezzo necessario per il conseguimento del fine stesso. La qual cosa potrebbe anche sembrare più armonica e più degna di adempimento e di attuazione pratica, contuttochè dia luogo ad un rapporto misto, ma appunto in considerazione del fatto che nella nostra legislazione vigente non vi sono tipi di servitù prediali e quindi noi abbiamo piena e intiera libertà di costruire dei rapporti giuridici misti nel modo migliore che a noi può tornar conveniente e a seconda delle circostanze dei casi e del contenuto dei rapporti giuridici stessi. Non si tratta, in altri termini, se non d'interpretare la volontà delle parti, non solo per lo scopo che esse manifestarono, ma anche per i mezzi che adoperarono a raggiungerlo.

D'ordinario, nell'attuazione delle fabbriche, la immissione del trave nella parete opposta può essere sostituita da un appoggio innestato nella parete stessa da cui parte l'avancorpo, e più specialmente da una trave del genere di quella che servirebbe per la immissione nella parete opposta; anche in questo caso, sebbene in modo diverso, si può raggiungere l'equilibrio stabile dell'avancorpo come se il sostegno si do-

Digitized by Google

mandasse alla parete opposta stessa. In allora è la proprietà nello stato di una diversa utilizzazione, ma non è mai la servitù; poichè in questo senso ben può ritenersi che *nemini res sua servit* e che ciascuno usa delle cose proprie nel modo migliore che crede, senza doverne dar conto ad alcuno e fino a che non contrasta cogli interessi dei suoi vicini. Può tuttavia per tal guisa rendersi più gravosa una servitù preesistente; come se, avendo semplicemente la facoltà di spingere un avancorpo sopra uno spazio confinante, non proprio ad una certa altezza, oltrepassasse questa semplice facoltà stabilendo più al disotto dell'altezza acquistata altre forme d'invasione dello spazio aereo, anche se questa invasione serva per rendere possibile praticamente l'avancorpo, e cioè anche se la parete opposta sia a tale distanza da non rendere pratica l'immissione del *tignum*. In questo caso il lavoro di sopporto nello spazio sottostante all'avancorpo può anche ritenersi come un'opera necessaria e indispensabile all'attuazione dell'avancorpo stesso; ma di questa condizione di fatto non si deve nè si può preoccupare il proprietario dello spazio sottostante all'avancorpo, se egli ha concesso semplicemente la sporgenza dell'avancorpo stesso e non anche l'occupazione dello spazio necessario all'attuazione del supporto.

Quest'altra opera rimane sempre un affare diverso e distinto dalla costruzione del corpo avanzato, considerato di per sè stesso e nella sua origine su base convenzionale. Del resto, non è strano che l'assenza di fabbriche contrapposte, non faccia pensare fin dapprincipio alla maggiore occupazione per il sopporto; perchè, se dall'altra parte una fabbrica non è ancora sorta, può ben sorgere ed elevarsi contemporaneamente o poco dopo acquistato il diritto a spingere l'avancorpo; come anche può darsi che lo spazio opposto (non l'interposto) sia acquistato dal proprietario stesso del corpo di casa in cui sta praticandosi o deve praticarsi lo avancorpo stesso. In tal caso una soluzione possibile è ancora quella della *servitus tigni immittendi* e non si può pretendere che sia egualmente, come nell'altro caso, indispensabile per l'attuazione della servitù il sostegno nello spazio sottostante all'avancorpo; a meno che regolamenti di edilizia locale delle due soluzioni ne rendano una sola pos-

Digitized by Google

sibile, quella cioè del sostegno sottostante invece di quella dell'*immissio tigni*. Solo in questo caso potrebbe anche dubitarsi della possibilità d'includere nella stessa servitù di sporgenza dell'avancorpo la servitù di sporgenza del sopporto dell'avancorpo stesso come mezzo indispensabile alla estrinsecazione della prima di queste due servitù e del rapporto che ne forma il contenuto; allora si può chiedere se, accordando il fine, non s'intenda nel tempo stesso accordare anche il mezzo. Pur tuttavia vi è sempre la necessità d'interpretare con un certo rigore l'intenzione delle parti contraenti; e questa necessità vuol coordinarsi coll'altra necessità di rispettare le disposizioni edilizie, anche perchè la ignoranza della legge non solo non dà argomento di scusa, ma non costituisce neppure materia di contenuto giuridico; e così, se dall'insieme delle circostanze deve necessariamente inferirsi che le parti non poterono pensare e provvedere all'avancorpo senza pensare e provvedere contemporaneamente al sopporto dell'avancorpo stesso, la servitù di praticare la sporgenza include necessariamente anche la servitù di dar modo perchè un tale avancorpo sia sostenuto con opere adatte ad assicurarne la solidità.

In pratica l'aggiunta all'invasione dello spazio aereo mediante l'avancorpo con altra invasione rappresentata dal sostegno dell'avancorpo stesso poco può aggiungere nell'invasione dello spazio aereo a quella fatta per mezzo dello stesso avancorpo; e però non dovrà riuscire troppo difficile di aggiungere l'una concessione all'altra o di cumulare l'una concessione coll'altra: non si avrà che un avancorpo un poco più prolungato, con un'appendice di più che del resto non aumenterà troppo sensibilmente nè la quantità dell'azione da una parte nè la quantità della sofferenza dall'altra. Che se l'avancorpo non appartenesse al proprietario del muro o del corpo *NOPQQ'P'*, in tal caso quel sostegno che sotto ad esso fosse praticato sulla parete alla quale l'avancorpo stesso si attacca costituirebbe una servitù per la parete dalla quale l'avancorpo stesso si stacca; e ciò oltre al rapporto di muro comune nel punto di attacco tra l'avancorpo e il corpo. Allora si avrebbe anche una servitù di sostegno dell'avancorpo, distribuita trasversalmente con occupazione dello spazio aereo

Digitized by Google

sottostante, ma con appoggio e sostegno nello stesso corpo da cui l'avancorpo si distacca; e così potremo avere la curva *SV* o sul tipo della *SV* sulla cui direzione e sul cui spessore si distribuiranno le forze e il peso del sostegno, ben diversamente da quanto accadrebbe se l'avancorpo riposasse sopra un corpo sottostante verticalmente alla sua linea di costruzione. Sarebbe questa una *requies* molto pesante, assai più pesante di quella del *tignum immissum;* e cioè un vero e proprio appoggio che ricadrebbe sotto un'altra classificazione con regole proprie. L'*immissio tigni*, a dir vero, specialmente dal punto di vista tecnico, appartiene ad un genere di costruzioni molto antiquato e quasi non più in uso oggidì; è troppo una cosa meschina e pur destinata a costituire una sistemazione stabile dei due edifizi vicini. Si vede una sporgenza così stretta e lunga nel mezzo di due corpi di edifizio oppure di un avancorpo e di un corpo di edifizio, che comunica un certo senso come di angustia e di povertà edilizia, come se si fosse voluta risparmiare la spesa di un sopporto all'avancorpo in tutte le regole e con le dimensioni ordinarie architettonicamente rispondenti al disegno dei due edifizi. Oltre a ciò, praticamente, mal si concepisce l'utilità della immissione di un semplice *tignum* allorchè tutta quanta una parete o sezione di parete, un edifizio o sezione di edifizio, si trova nelle identiche condizioni in ogni sua parte di aver bisogno di una trave che ne sostenga il peso e si spinga poscia fino a penetrare nella parete opposta per necessità del suo equilibrio stabile, e perchè questa immissione possa considerarsi come sufficiente alla determinazione dell'equilibrio stesso.

Pur tuttavia la *tigni immissio* può essere utile e prescritta in qualche caso per la solidità dell'edifizio dal quale la trave parte e per il sostegno di qualche peso proveniente dall'edifizio stesso; e questo specialmente allorchè le travi longitudinali sono due o più e su di esse riposano delle travi trasversali per formare insieme il pavimento di un avancorpo. Ma, di regola, non si deve ritenere come pratica la sporgenza di una sola trave, perchè una sola trave non potrebbe che sopportare un peso di poca entità, se pure nella sua zona d'innesto alla partenza dal fondo dominante non

Digitized by Google

riposassero su di essa dei sopporti metallici o lignei lateralmente sporgenti e dai quali tutta la forza di sostegno e tutto il peso convergesse su quell'unica trave. Ma questo modo di costruire non sempre è privo di pericolo; e quasi sempre sono più di una le travi che adempiono all'ufficio di sostenere questa pavimentazione o questo avancorpo, allo scopo di costituire un equilibrio stabile e una costruzione durevole. Allora l'immissione raggiunge veramente uno scopo pratico e si può calcolare anche con maggiore approssimazione il peso che rappresenta il contenuto della *patientia servitutis*, poichè la resistenza del materiale della pavimentazione non costituisce più fuorchè un elemento passivo nei rapporti col peso della immissione e di tutto quanto il materiale che si riconnette all'immissione medesima e al relativo appoggio. Sotto il punto di vista tecnico dunque la *servitus tigni immittendi* diventa una *servitus tignorum immittendorum*, al plurale; allora soltanto essa è praticamente utile e conducente ad un determinato fine edilizio, nei rapporti tra due fabbriche vicine.

Del resto, non implica punto la denominazione abituale al numero singolare, perchè una siffatta denominazione in diritto romano, come notammo, è piuttosto diretta a designare un tipo anzichè a delineare una vera e propria forma pratica di contenuto nei rapporti di vicinanza; il tipo importava l'applicazione di certe determinate regole e queste si applicano anche oggi e si applicavano altresì allora, pur sotto l'impressione e subordinatamente alla necessità riconosciuta che il *tignum immissum* non fosse uno solo. E se anche l'utilizzazione pratica dei *tigna immissa* assume la formazione pratica di un ponte vero e proprio, può ben darsi che tutto questo materiale non penetri nella parete opposta, d'appoggio, ma vi penetrino soltanto le travi o alcune delle travi longitudinali su cui il ponte stesso si appoggia e che lo sorreggono. Questo ponte può anche costituire un cavalcavia su di un angiporto destinato al transito del pubblico; anzi le più volte non accade che la trave resti scoperta e nuda e così scoperta e nuda transiti da una casa all'altra. L'*immissio tigni* è un fatto di natura permanente e d'ordinario non si sa concepire che debba avvenire solo

Digitized by Google

temporaneamente e per un tempo limitato e ad uno scopo soltanto provvisorio, perchè le armature per le costruzioni, di regola, si ordinano a fattura di castello perpendicolare; ma tuttavia non è escluso che qualche armatura possa anche farsi col sistema dell'*immissio* parziale ossia coll'*immissio* di taluno dei suoi travi nella fabbrica vicina. In tal caso la trave sta fino a che sta l'armatura e finita l'armatura cessa la ragione della trave. Siccome peraltro la servitù deve essere ordinata ad una causa perpetua, vale a dire ad una causa la cui cessazione non sia prevedibile, in questa ipotesi si stenta a riscontrare gli estremi per una vera e propria servitù e piuttosto è da avvisare ad uno stato precario, da stabilirsi anch'esso per buon accordo di vicinanza e non già arbitrariamente o colla prepotenza o approfittando astutamente dell'assenza dal luogo del proprietario della casa o muro su cui l'immissione è effettuata o di taluno dei suoi agenti o rappresentanti. In caso diverso si deve ritenere che si voglia turbare, e si turbi effettivamente il possesso del vicino e anzi, di più, che si commetta quasi una violenza sulla cosa altrui, poichè per immettere la trave è pur d'uopo praticare il foro di *requies* guastando la parete e il materiale dell'edifizio vicino; la qual cosa potrà bensì effettuarsi in breve tempo, ma ad ogni modo sarà sempre una manifestazione abbastanza grave e significativa perpetrata a danno del vicino. Nel caso che ragioni di sicurezza obblighino a puntellare provvisoriamente un edifizio cadente, di solito la puntellatura accade per semplice appoggio di una o più travi sulla parete dell'edifizio vicino; che se la puntellatura dovesse farsi profonda ossia con *requies* nell'interno del muro o della casa, il proprietario danneggiato, salvo il diritto al risarcimento, non potrebbe per certo sottrarsi a questa temporanea molestia.

Digitized by Google

LIBRO NONO

SERVITÙ CON PENETRAZIONE DI PERSONE NEL SUOLO ALTRUI

Ora veniamo all'unica e grande ripartizione delle servitù prediali nel nono ed ultimo libro; ripartizione in gruppi sulla quale si fonda tutta quanta l'economia del presente trattato. Nel libro sesto, primo della nostra parte speciale, tenemmo proposito della servitù delle acque, ossia di una grande categoria di servitù, nelle quali l'interesse pubblico cammina sovente di pari passo col privato e per le quali si tratta di usufruire su larga scala ma in modo visibile e percettibile di forze vive, ed anche, relativamente, esauribili, della natura, avuto riguardo al loro uso e destinazione. Nel libro settimo, secondo della nostra trattazione speciale, ci riportammo alle servitù per veicolo aereo, vale a dire alle servitù la cui esplicazione ed attuazione avviene attraverso l'aria, considerata come veicolo di sostanze gassose; di particelle in evaporazione che possono anche giungere ad impressionare il nostro olfatto; di vibrazioni, di proiezioni di immagini luminose; di vibrazioni acustiche o suoni. Ed anche le distanze considerammo come fatti che suppongono un veicolo aereo, inquantochè tra un edifizio e l'altro non è interposto che uno spazio aereo libero, e cioè non occupato da alcuna costruzione. Nel libro ottavo si tenne conto delle servitù derivanti dalle costruzioni; e qui rientrano anche le servitù delle distanze quantunque esplicate per veicolo aereo, perchè le distanze sono appunto la conseguenza del

Digitized by Google

sopravvenire di nuove costruzioni e della preesistenza o di nuove costruzioni o di un confine vicino. Da nuove o sopravvenute costruzioni derivano altresì le servitù di sporto o sporgenze e quelle di contatto, sia per semplice appoggio come per appoggio con immissione di travi. Vengono in ultimo, nel libro nono, ch'è il quarto della parte speciale, talune categorie di servitù che non potevano trovar posto nelle classi precedenti e che per buona ventura possono anch'esse raggrupparsi sotto una vasta categoria sintetica la quale ha ragion d'essere di per sè: la categoria delle servitù con penetrazione profonda nel suolo altrui; profonda piuttosto nel senso longitudinale che nel senso dell'altezza, ossia non già per invasione od occupazione del sottosuolo sempre o soprattutto, ma per il fatto che si tratta di introdursi, ed anche per uno spazio considerevole, nel terreno del vicino; e ciò sia semplicemente per passarvi, cioè per giungere attraverso quel fondo od altro luogo dove possa esplicarsi definitivamente l'attività propria, come anche per effettuare in quello stesso luogo uno sfruttamento o utilizzazione in via diretta usando o consumando le attività e le produttività diverse del fondo medesimo, come potrebbe fare il proprietario per suo proprio conto.

La servitù con penetrazione di persone da fondo a fondo racchiude pertanto una doppia configurazione: il passaggio attraverso il fondo, in tutte le sue modalità diverse e la servitù di sfruttamento diretto in tutte le sue gradazioni. Nel passaggio noi comprendiamo il passaggio semplice, il traino di mobili e di semoventi, il viatico, l'accesso per la raccolta dei frutti propri caduti sul suolo altrui; tra le servitù di sfruttamento diretto comprendiamo il pascolo o pascendatico, la cottura di calce, il semplice fosso, l'estrazione di creta o pietre o minerali in genere. È chiara la differenza che intercede tra le due categorie di servitù: nelle varie configurazioni della prima categoria noi ci troviamo di fronte ad una serie di atti che non alterano il suolo (se non forse per la semplice pressione; il che peraltro in uno spazio destinato al transito non significa alterazione ma anzi consolidamento di destinazione), nè consumano i soprasuoli o le raccolte o i frutti delle piante; nelle varie ed anzi in tutte le configurazioni

Digitized by Google

della seconda categoria, noi assistiamo ad altrettanti fatti di sfruttamento vale a dire a fatti nei quali al fondo gravato di servitù prediale pure qualcosa si toglie. E questo qualcosa, che non sempre è poca cosa, consiste o nel consumo della pastura per la servitù di pascolo, o nella bruciacchiatura dei soprasuoli e nello scavamento d'una fossa idonea per la servitù di cottura della calce, o nella escavazione forse anche più profonda con relativo guasto di suolo e di soprasuoli nella servitù di fosso, o nell'asportazione di parte costitutiva del sottosuolo nella servitù di estrazione mineraria, con relativo guasto dell'*humus* e degli strati sottostanti, talora ad una considerevole profondità, con relativa disposizione di gallerie, di pozzi, di sfogatoi, di cantieri per deposito provvisorio e di quant'altro può occorrere a seconda dell'estensione dell'industria estrattiva di cui si tratta. Evidentemente il danno recato al fondo serviente per l'esercizio della servitù è di gran lunga maggiore nel secondo caso che nel primo; nel secondo caso si tratta di cambiarne altresì la destinazione totale o parziale e non soltanto di recare ingombro od occupare in forma discontinua di durata una zona determinata e successivamente nelle varie parti del suo percorso. È una servitù continua che in quest'ultimo caso si vuole stabilire a carico del fondo sul quale si esercitò l'azione o il rapporto reale, che può essere, ma non sempre è necessario, sia un rapporto di vicinanza o di confinazione o concorrente con l'una o l'altra di queste due circostanze di fatto. La penetrazione delle persone nei fondi altrui è già una circostanza di fatto gravissima, perchè importa una specie di violazione di domicilio o qualche cosa che alla violazione di domicilio si assomiglia o si avvicina; il rapporto di proprietà è un rapporto così delicato e pieno di esclusività, che il diritto al passaggio, semplice o complicato con altri diritti, con una od altra modalità di estrinsecazione, è sempre una contraddizione colla pienezza dell'esercizio del diritto del proprietario stesso e merita di essere esaminato nella sua legittimità e nella sua portata.

Evidentemente, trattandosi di una servitù, essa non può oltrepassare i limiti rigorosi del suo campo, nè può estendersi anche soltanto per inerzia di freni preventivi; ai quali freni

Digitized by Google

pertanto ha diritto il proprietario del fondo serviente, come in qualsiasi altro caso di servitù prediale e specialmente in queste servitù che non dipendono già da opere praticate a distanza e che costituiscono qualche cosa che nel contenuto arieggia non poco alla comproprietà. Conviene pertanto sbarazzare questo contenuto giuridico di tuttociò che in esso vi è o può essere di equivoco, di generico, di estensibile ad altre figure; lo che fatto, il concetto torna naturalmente più semplice e più esatto. Or l'esercizio degli atti che corrispondono al contenuto della servitù, non dev'essere fine a sè stesso, ma bensì mezzo per il conseguimento di un fine diverso e che vada esso stesso a costituire il contenuto nell'esercizio di un diritto di proprietà su cosa diversa da quella nella quale si estende l'esercizio della servitù di cui si tratta sotto il punto di vista attivo del diritto stesso. E quindi, anche sotto il punto di vista della prevalenza del diritto del proprietario su quello dell'esercente la servitù, si può e si deve ritenere che il modo come le persone penetrano nel fondo serviente per effetto del diritto di servitù e vi restano e vi si trattengono per attendere alle loro necessità e allo scopo del loro rapporto giuridico col fondo stesso, debba essere diverso dal modo come vi si tiene e vi opera il proprietario, esplicando la pienezza del suo diritto e per estensione e per intensità, al modo stesso che col diritto di passaggio esercita altri diritti che fanno parte del diritto massimo di proprietà. L'occhio pratico del giurista, esaminando per poco l'esercizio di questi diritti, sa ben fare la diagnosi del caso specifico e determinare le regole applicabili ad esso e fare le debite distinzioni dai casi affini, i quali altrimenti potrebbero confondervisi con maggiore o minore facilità a seconda dei casi stessi. La penetrazione di cui si tratta sotto la rubrica del presente libro, non è una penetrazione il cui effetto si manifesti in permanenza o in continuità; è bensì uno stato che fa capo ad un esercizio saltuario o interpolato; poichè se si trattasse di un esercizio continuo ed immanente di questa specie, si avrebbe senza dubbio un diritto di comproprietà e non più diritto di servitù, con disuguaglianza di modalità nel contenuto nell'un caso e nell'altro, traducentesi in una diversa forma e intensità nell'esercizio del diritto stesso, che così risulta

Digitized by Google

frazionario del diritto di proprietà sul quale e contro al quale, per così dire, si viene esercitando. Ma, sotto questo punto di vista, sorge o può sorgere una questione gravissima, circa quelle servitù che noi chiamiamo di *sfruttamento diretto*, e cioè sulla servitù di pascolo, per cottura di calce, per fosso, per estrazione di creta e di pietre nel fondo del vicino. Anzitutto in queste figure di servitù la ragione della vicinanza è meno intesa che nelle altre; perchè un pascolo non di rado avviene, cioè si costituisce e si esercita, senza una vera ragione di vicinanza tra il fondo dominante e il fondo serviente. Qualche volta basta anzi aver gregge senza giustificare di avere un fondo al quale il gregge sia addetto, per acquistare il diritto al pascipascolo su di un fondo comunale; ed allora, comechè il fondo sia di proprietà patrimoniale del Comune o come tale apparisca, tuttavia si ha ripugnanza a parlare in modo specifico di servitù, e le più volte si accenna al nome del diritto senza classificarlo, quasi si trattasse d'una servitù impropria. E per vero in questa ipotesi il rapporto da fondo a fondo viene ad illanguidirsi e quasi a dileguarsi sotto agli occhi dell'osservatore; ma non pertanto vi è sempre un fondo che serve ed è impegnato alla prestazione del pascolo; vi è sempre un territorio che serve di limite al gregge che può pasturare sul fondo destinato a sopportare l'onere del pascolo, vi è sempre un contenuto minore del contenuto della proprietà e frazionario del contenuto dell'intiera proprietà. Se dunque non si tratta di proprietà, nè si tratta di servitù, si potrà restare circoscritti alla semplice considerazione dell'esistenza di un diritto reale innominato in classificazioni analitiche e solo determinato per il contenuto suo, in modo che si sappia chiaramente di che si tratta.

Quello che si dice per la servitù di pascolo non è a dirsi esattamente per i rapporti di cottura di calce, nè di estrazione di pietre o di creta? In tali casi o si tratta di calce che è necessaria per un vicino edifizio, o di pietre o di creta necessaria allo stesso scopo; e allora il rapporto può assumere il carattere di servitù prediale. O si tratta di un puro e semplice sfruttamento industriale, e allora ci troviamo nell'ipotesi di calce o di pietra o di creta destinata alla rivendita e non

Digitized by Google

all'uso diretto di questo o di quell'edifizio, o di questa o quella pertinenza di un fondo determinato; ma tuttavia, essendo determinata la zona su cui una tale cottura od estrazione deve aver luogo, non vi è dubbio che si tratti di un vero e proprio diritto reale. Ma allora, se io vendo la raccolta pendente del grano in un mio fondo determinato, ciò significa forse che io costituisco su quel fondo e per quel raccolto un diritto reale alla persona che meco contratta e alla quale attribuisco la facoltà, anzi il diritto di far suo il raccolto maturato? Generalmente, questo rapporto si concepisce come un rapporto di compra-vendita più o meno aleatorio, ma non come un rapporto di servitù. Quindi quale difficoltà vi ha nel concepire un rapporto di compra-vendita, anche nella figura di chi si obbliga di tollerare (e certamente a un dato prezzo) che un tale o tale altro speculatore eserciti la cottura della calce in un dato fondo proprio o da questo stesso fondo permetta l'estrazione di una data misura o quantità di calce o di pietra? Se invece si tratta del gregge, può darsi non vi sia misura o quantità determinata di pastura, ma solo sia determinata la superficie sulla quale il pascolo deve farsi e si indichi per specie e per capi e per dettaglio di età il gregge che deve pascolare; che anzi d'ordinario si fa proprio così. In questo caso non sarebbe del tutto esatto parlare di vendita di pastura, poichè non è determinata, nè può determinarsi, se non con un'approssimazione assai lata la quantità di pascolo che occorrerà al consumo della greggia, e questa quantità potrà variare a seconda dei tempi. Molto più poi questo rapporto indeterminabile ma individuato e fissato tra la greggia stessa e il fondo potrà cadere in rilievo, allorchè la greggia sarà stanziata per tutta una stagione nel fondo ove pastura e quivi avrà le sue stalle e il suo trattamento igienico completo; come accade quando la greggia sverna al piano ed estata al monte. Non si tratterà in tal caso di un rapporto reale tra fondo e fondo, ma di un rapporto reale di una greggia determinata con un determinato fondo; la greggia non si può cambiare come non si può cambiare il fondo, sul quale resta come inchiodata per tutto il tempo in cui deve durare la pastura. Invece, la vendita di una certa quantità di biada o di foraggio per

Digitized by Google

bestiame grosso, comunque la quantità stessa rimanga determinata, è del tutto indipendente dalla greggia o da una determinata greggia, quantunque nel foraggiare non si possa uscire da una determinata zona. La differenza dunque tra l'industria estrattiva o la calcinaria da un canto e dall'altro il pascipascolo consiste in ciò, che quest'ultimo non fa che usufruire della produttività normale e periodica del fondo, mentre la prima corrisponde ad una vera diminuzione o consumo del suolo con inutilizzazione corrispondente della parte produttiva vegetale di esso fondo; in altri termini il pascipascolo approfitta della produzione del suolo, le altre servitù lungi dall'approfittarne la distruggono finchè dura il loro esercizio. Così accade che il pascipascolo non può durare se non finchè dura la produzione del pascolo in quel luogo determinato; mentre gli altri rapporti sono indipendenti da una durata produttiva. Da tuttociò consegue che il diritto reale di pascolo non è vera servitù prediale, ma piuttosto una forma di diritto reale; che il diritto di estrarre la creta e quello di cuocere la calce non sono essi neppure diritti di servitù, se pure non siano esercitati da un fondo sull'altro per ragioni di vicinanza di un edifizio o di una costruzione qualsiasi, che in uno di essi si faccia, e per cui sia d'uopo dei materiali situati nell'altro ed estraibili dal relativo sottosuolo. In tutti gli altri casi non vi è di vero e di patente che la realtà dei rapporti stessi; realtà per la quale non è dato cambiare la zona del fondo sottoposto al vincolo dell'estrazione o della cottura, nè è ammissibile che si cambi l'utente designato, se pure nel contratto non vi è qualche disposizione contraria e specialmente che abbia qualche analogia con quanto avviene per le locazioni e le sublocazioni. La realità del diritto di pascolo è dunque confermata, se è permessa l'espressione, dalla realtà delle cose (nè il greggie intiero, nè le pecore sono da considerarsi come persone) alle quali è riservato il godimento della servitù. Ma si potrebbe dire che il beneficio del pascolo effettivamente ridonda al proprietario della greggia; senonchè si dovrebbe sempre, ad ogni modo, stentare per annettere questa greggia ad un terreno diverso da quello dov'essa pastura e dove stabula. Ma, all'infuori di queste considerazioni e di questi rap-

Digitized by Google

porti, chi può negare che quel dato gregge abbia un rapporto diretto di realtà inevitabile col fondo sul quale esso è condotto al pascolo? Chi può anche lontanamente sostenere che si tratti d'un semplice rapporto personale da relegarsi tra i confini delle forme di obbligazione? Se pure vi è un ruolo municipale per le utenze e i turni del pascipascolo ed anche se l'uso del pascipascolo è ereditario, ciò non aggiunge nulla alla possibilità, o, per dir meglio, non toglie alla difficoltà di trovarvi un semplice rapporto personale, quando non siavi un titolo costitutivo che lo giustifichi. Che anzi il fatto che il proprietario della greggia sia iscritto nel ruolo degli utenti di un dato Comune, contribuisce a farci propendere verso la realtà del rapporto; dappoichè, considerato nel suo insieme, il ruolo è un ruolo di tutto il Comune e di tutta una comunaglia, come suol dirsi con termine usuale per quanto poco letterario; ed essendo un diritto comunale è un diritto territoriale, poichè il Comune forma un territorio a sè ben delineato ed egregiamente confinato, sia sotto il punto di vista della giurisdizione, come sotto il punto di vista degli usi civici.

Sotto un tal riguardo pertanto si potrebbe avvicinarsi piuttosto alla vera e propria servitù reale, poichè il pascipascolo nei terreni vincolati è dato appunto per la loro vicinanza al territorio del Comune al quale quel diritto appartiene. Che se il terreno vincolato appartiene proprio al patrimonio di quel Comune i cui comunisti *uti universitas* godono di quel diritto, pure esercitandolo a turno o per parti *uti singuli*, allora la costruzione della servitù trova ostacolo nel principio che *res sua nemini servit*. Infatti se i cittadini *uti universitas* hanno in proprietà il pascolo, la loro utenza sul territorio relativo è data ad essi, come in un regolamento di comunione, *iure proprietatis* e non *iure servitutis;* perchè il regolamento possa considerarsi come relativo ad uno *ius servitutis* anzichè ad uno *ius proprietatis*, occorre che il fondo sul quale va ad esercitarsi non appartenga al Comune medesimo al quale appartengono gli utenti della servitù stessa. Altrimenti si tratta di comunaglie pure e semplici su beni del Comune, ossia di semplice uso della cosa in comproprietà o per lo meno in comunione di uso. Vi è un'altra

Digitized by Google

figura di comunione di proprietà dei pascoli, accompagnata dalla reciprocità dell'uso; e questo caso è quello previsto dall'art. 682 Cod. civ., che al riguardo ci fornisce una vera disposizione regolamentare per indicarci come si possa recedere dalla reciprocità dei pascoli nei luoghi dove una tale reciprocità è costituita. La facoltà del recesso è accordata come un qualsiasi scioglimento dalla comunione; senonchè si prescrive che il proprietario recedente debba fare denuncia a tempo e che il recesso abbia luogo in proporzione del proprio terreno sottratto all'uso comune; oltre a ciò sono stabilite delle facoltà speciali per il tribunale di decidere le controversie e di negare persino, nei casi più gravi, il diritto al recesso. Ma queste disposizioni non valgono a gettare alcuna luce sulla struttura giuridica del pascipascolo senza reciprocità o comunione reciproca e non concorrente.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

SERVITÙ DEL PASSAGGIO COME MEZZO

Il passaggio nell'altrui fondo come mezzo per andare ad un fondo proprio o per realizzare un diritto reale su di un terzo fondo vicino o per avere accesso alla via pubblica o privata o vicinale sottoposta a servitù pubblica è sempre mezzo ad un fine diverso dal suo contenuto obbiettivo, e però è diritto accessorio o frazionario di altro diritto reale poziore e più forte; in altri termini è un vero e proprio diritto di servitù prediale, perchè derivante da rapporto di vicinanza tra predii e perchè questi rapporti, come dice PAOLO in l. 3, Dig. 8, 1, *in solo consistunt* (preso *solum* evidentemente nel senso di *area*) e quindi sono servitù rustiche, non abbisognano di alcun edifizio per esplicarsi. Il loro carattere generale di servitù rustiche fa sì che non possano ritenersi come urbane, neppure se servono per accesso ad una casa, perchè altrimenti perderebbero il loro tipo e perchè, anche se conducono ad una casa, debbono prima condurre o alla strada che costeggia questa casa o al piazzale che si estende nella parte anteriore o posteriore della casa stessa. Il passaggio non può essere fine a sè stesso se non allorchè si confonde coll'accesso diretto ad una data località, casa o territorio che sia. In tal caso è piuttosto servitù di accesso nell'altrui proprietà e la strada o passaggio resterebbe funzionalmente assorbita nel maggior diritto contenuto nell'accesso medesimo in cui termina l'estremo limite del passaggio

Digitized by Google

e quasi in cui si trova la meta del passaggio stesso o il termine del cammino che si vuol percorrere.

Il nostro Codice civile (art. 592) si occupa soltanto della servitù di passaggio, in quanto può essere stabilita dalla legge e non ne parla in quanto possa essere stabilita dall'uomo; e infatti quell'articolo è sotto la sezione delle servitù legali, come sogliono essere chiamate. Se invece il rapporto è stato stabilito convenzionalmente, esso può anche prescindere da qualsivoglia stato di necessità, da qualsiasi scopo di riparazione di muri o di opere, da qualsivoglia opportunità di procurarsi nella via pubblica un'uscita senza eccessivo dispendio o disagio. Il rapporto può anche avere uno scopo principalmente anzi esclusivamente voluttuario; nel senso che per il passaggio sia dato di accedere ad un luogo di delizie proprio oppure di avvicinarsi al lido del mare e simili. Su di una semplice *facultas deambulandi in alieno* non è qui il luogo di parlare; essa è anche controvertibile come contenuto di un rapporto di servitù prediale, se pure non contribuisca, anche *ob voluptatem*, alla *maior utilitas* di un fondo vicino. Ma la costruzione normale di questa *facultas deambulandi* consiste nel concepire il diritto o servitù di passaggio siccome mezzo per l'esercizio di un diritto o per la realizzazione di un interesse al di là del fondo sul quale la servitù si esplica. Supponiamo che un mio fondo sia tagliato in due per tutta la sua lunghezza da un fondo appartenente ad altra persona; talchè io non possa transitare da una parte all'altra del fondo stesso, o, per dir meglio, da un fondo all'altro senza attraversare questo fondo interposto o altrimenti, ma con maggiore disagio e minor convenienza. Evidentemente si presenta al mio esame la convenienza anzi la quasi necessità di esercitare il diritto di passaggio attraverso al fondo del vicino; e di esercitare un tal diritto continuamente, e cioè ogni giorno e in tutte le ore del giorno in cui mi si renda opportuno il passaggio stesso. Questo passaggio poi può rendersi necessario non solo o non già per andare da un fondo all'altro, da una parte all'altra di un medesimo fondo, ma altresì per raggiungere semplicemente la via, pubblica o privata o vicinale, che sola può dare sfogo ed esito alle persone e alle cose dal fondo

Digitized by Google

dominante; nel qual caso si ha un passaggio come mezzo ad un altro passaggio, ma in sostanza le due vie si completano per conseguire un solo ed unico termine di arrivo. Ancora può darsi che oltre al fondo sul quale si esercita il passaggio, siavi un terzo fondo sul quale si ha qualche diritto reale da esercitare; in questo caso il passaggio è sempre una condizione di esercizio intermediario o mediatore per realizzare il diritto reale che è l'ultima esplicazione e l'ultima finalità del fondo dominante; tanto che, se questo terzo fondo fosse confinante col primo, non vi sarebbe bisogno di una servitù di passaggio attraverso altro fondo, poichè basterebbe oltrepassare semplicemente il confine per mettersi in condizione di esercitare il proprio diritto finale; non potendosi lo spazio che per avventura dovesse percorrersi sul fondo serviente stesso considerare come sottoposto a servitù di passaggio, perchè l'altro diritto finale assorbirebbe, in uno stesso fondo destinato a sopperirvi, questo passaggio da considerarsi in tutto come un diritto secondario e quasi accidentale. Altra costruzione giuridica questo passaggio per un fondo intermedio non può avere, perchè, ad esempio, non può dirsi che esso non rivesta il carattere di servitù prediale, sol perchè non ha una causa propria autonoma. Nè la logica del diritto, nè il Codice civile richiedono questa causa propria autonoma nel diritto di servitù prediale in genere o nel diritto della servitù di passaggio in ispecie; quando una causa vi è ed anche perpetua nel senso da noi spiegato a suo luogo, basta in ogni caso; qualsivoglia altro requisito non farebbe che condurci fuori di strada e trascinarci in un ordine d'idee falso e deplorevole. Anche, se si volesse, si potrebbe domandarsi: ma questo passaggio attraverso ad un fondo intermedio è una figura accessoria alla servitù finale e fondamentale nel fondo che si trova al di là di questo fondo interposto, oppure è una figura per sè stante e indipendente e il cui rapporto giuridico non può considerarsi se non in ordine al fondo dominante? Obbiettivamente parlando, una servitù, per esempio, *calcis coquendae* in un fondo non confinante richiede una servitù di passaggio nel fondo interposto; e perciò i termini e le posizioni delle due parti, la dominante e la serviente, sono identici così nell'una come

Digitized by Google

nell'altra servitù; in altri termini tanto vale presso a poco che da un fondo si passi in un secondo per cuocer la calce, quanto che da un fondo si passi per cuocer la calce in un terzo fondo attraversandone uno secondo. Senonchè trattandosi di un secondo fondo al quale non interessa punto che la servitù di passaggio da esso sopportata vada a metter capo ad un'altra servitù, piuttostochè all'esercizio di un diritto di proprietà od anche ad una via pubblica (appunto perchè la diversità di queste figure non cambia nulla nel contenuto del diritto di passaggio), è evidente che l'insieme rappresentato dall'unità del fine si scinde nelle due basi o nelle due parti di cui consta e delle quali l'una corrisponde al mezzo e l'altra al fine, ma entrambe le quali sotto il punto di vista giuridico presentano lo stesso valore e comportano una stessa valutazione qualitativa di servitù prediale per la natura del rapporto che sono intese a regolare. Ed allora in ciascuna di queste figure così suddivise noi dobbiamo riscontrare i caratteri della servitù prediale e le basi del loro esercizio; avvertendo che il loro concatenamento non toglie la necessità di considerare ciascuna di esse come sottoposta al dominio dei requisiti generali. Non per questo si elimina il rapporto da mezzo a fine, ma soltanto un tale rapporto è ridotto a tal significato, da confermare anche più la natura di servitù prediale nel passaggio di cui si tratta, perchè appunto un tal passaggio non rappresenta già la finalità del negozio giuridico, ma un mezzo per raggiungerla; e il mezzo è un semplice diritto frazionario della proprietà e che sulla proprietà altrui in tanto si esplica, in quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo. La regola del minimo mezzo è dunque una caratteristica indispensabile del passaggio come servitù prediale ossia in una sola funzione obbiettiva semplice; non più di quanto è necessario per raggiungere la strada o il fondo vicino è dato al proprietario del fondo dominante di esplicare la sua attività sul fondo serviente. Tuttociò che anche per poco sorpassi questo esercizio e questa necessità, esorbita dal contenuto della servitù prediale di passaggio e rientra nel campo dell'esercizio del diritto *uti dominus*, e cioè a titolo di vera proprietà, con la pienezza di tutti i diritti annessi o connessi ad uno *ius*

Digitized by Google

optimum maximum, i cui limiti non si possono determinare se non territorialmente ed in rapporto appunto a quei diritti frazionari che esistono nel caso speciale, ma che possono anche non esistere affatto.

Chiaramente dunque, allorchè si dice servitù di passaggio come mezzo, si accenna al fatto che l'attività di chi esercita la servitù non deve arrestarsi nel fondo sul quale il passaggio stesso è esercitato, ma deve spingersi oltre in un altro territorio, in un'altra superficie. Se invece si trattasse di passare innanzi e indietro pel fondo serviente, di non uscirne e di non procedere oltre, in tal caso la servitù di passaggio su quel fondo sarebbe fine a sè stessa e non rientrerebbe nel campo della nostra trattazione; a meno che a sua volta non fosse mezzo per l'esercizio di un altro diritto reale frazionario della proprietà, e, diciamo pure, per l'esercizio di un altro diritto di servitù prediale sul fondo stesso che al passaggio è sottoposto. In tal caso la vera caratteristica della servitù sarebbe data da questo esercizio finale, da questo secondo diritto terminativo o finale di tutto quanto il negozio giuridico, in cui cioè il negozio giuridico si completa e si perfeziona come nell'ultimo atto si completa un dramma. Ma il diritto terminativo o l'atto finale potrebbe anche essere nel fondo stesso per il quale è dato il passaggio; ed allora non si tratta punto dell'esistenza di un altro territorio per completare l'esistenza e le funzioni della servitù. Del resto, la servitù di passaggio è così spiccata nel suo contenuto, da non potersi confondere con nessuna servitù di altra specie. E questa servitù non solo può esercitarsi sulla terraferma ma anche sulle acque; nè vi è bisogno di creare una speciale *servitus navigandi*, o, se si vuol crearla, di darle un contenuto e una definizione diversa dalla *servitus itineris* in generale. È bensì vero che PAOLO nella l. 23, § 1, Dig. 8, 3, accenna alla *servitus navigandi* con le parole: *si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.* Ma CUIACIO osserva (1) che *ius navigandi itineris definitioni addendum est*, quantunque dello *ius navigandi* non parli se non inci-

(1) *Observationes et emendationes*, lib. I, cap. 3.

Digitized by Google

dentalmente e solo in rapporto colla perpetuità della causa delle servitù prediali. Il MARCILIUS ritiene a sua volta non necessario o forse poco esatto amalgamare questa *servitus navigandi* con la *servitus itineris* perchè per mare non si può camminare e vi è d'uopo di ricorrere all'ufficio del battello che corrisponde al cavallo in terraferma; laonde PLAUTO (1) ebbe a chiamare il battello *equus ligneus*. A noi sembra che il confronto tra l'*iter* e la *navigatio* non possa reggere completamente, appunto per la ragione che generalmente le vie acquee non si attraversano se non col mezzo di navi; tuttavia per un piccolo tratto lacustre o fluviale è anche possibile la *natatio*. S'intende che noi parliamo dei corsi d'acqua o laghi privati e non dei pubblici, poichè sui pubblici non può istituirsi servitù prediale.

Ora, poichè normalmente la servitù d'*iter* non si esercita sulle acque private se non mediatamente ossia per mezzo di veicoli galleggianti, è ben logico che all'*iter* in terraferma corrisponda la *navigatio* e talora la *natatio* sulle acque private sottoposte a servitù prediale di transito; ma non tutte quante le norme giuridiche che si applicano alla *servitus itineris* possono anche applicarsi alla *servitus navigandi*. Per esempio, il mantenere un lago in istato di navigabilità, se non completa, per lo meno sufficiente all'esercizio della servitù, è ordinariamente impresa sempre più costosa del mantenere una strada o un passaggio in condizioni di essere utilizzata. Per mantenere la navigabilità di un lago privato, di un piccolo lago che oscilli tra il lago propriamente detto e lo stagno, occorre una sistemazione quasi sempre dispendiosa e laboriosa, si deve far in modo che nelle acque non si accumuli troppa melma tanto da rendere difficile l'uso e pericolosi i movimenti di una nave; poichè, se il bacino d'acqua è piccolo, abbandonandolo a sè stesso, si corre rischio che finisca col rendersi impraticabile. Pur tuttavia, se questo bacino d'acqua offre l'unico mezzo di transitare convenientemente da un punto ad altro punto nel quale si ha necessità o convenienza evidente di recarsi, evidentemente non può escludersi l'applicazione delle disposizioni del Codice che

(1) *Rudens*, act. 1, sc. 1, v. 10.

Digitized by Google

riguardano il passo necessario, e molto meno si può impedire alle parti interessate di costituire un rapporto giuridico tendente all'applicazione di tali disposizioni, oppure alla sistemazione e alla concessione di un passaggio che non entri precisamente nella categoria del passaggio necessario al quale provvede la legge, ma provveda tuttavia ad una finalità permanente, ad una causa perpetua e all'interesse veramente avvertito dalle parti contraenti o dalla parte contraente che dalla servitù deve trar profitto attivamente. E poichè nè nella servitù di *iter* propriamente detto, nè in questa *servitus navigandi* si avrebbe alcun *onus* nel proprietario del fondo serviente, implicito come l'*onus reficiendae parietis* nella *servitus oneris ferendi*, si comprende come sarebbe necessario regolare anche quanto riguarda la manutenzione dell'*iter* o del bacino navigabile, e regolare questa manutenzione per tutte le eventualità principali alle quali essa può essere sottoposta e con le quali può avere attinenza. Nel caso che le parti non provvedessero per convenzione, il giudice dovrebbe indicare *pro bono et aequo* la via da seguire; ma, come si vede, è sempre meglio che le parti prevengano la funzione arbitraria del giudice mediante un regolamento completo tra loro in antecedenza stabilito; se non altro perchè, così facendo, si diminuisce la possibilità e l'eventualità di liti future tra le parti stesse. Del resto, anche per il passo necessario, siccome il Codice non attribuisce affatto l'onere della manutenzione alla parte obbligata alla prestazione della servitù, sembra che la servitù possa sempre esercitarsi con un contenuto corrispondente ai suoi fini, ma invece, salvo speciale accordo, l'utente della servitù stessa debba accordarsi coll'obbligato per provvedere alla manutenzione della strada stessa, o se no debba esercitare il passaggio come meglio può data la speciale condizione dei luoghi e senza perdere di mira la legge non mai derogabile del minimo mezzo per raggiungere quel determinato scopo di cui si tratta. Or questa norma non manca della sua pratica importanza in via generale e nel caso speciale di cui si tratta, poichè è assolutamente impossibile che, qualora il passaggio interessi unicamente il proprietario del fondo dominante e non anche quello del fondo serviente, questo col tempo non deperisca

Digitized by Google

per incuria del proprietario del fondo dominante stesso che non siasi precedentemente obbligato per patto a curarne la manutenzione. A volerlo obbligare in seguito, per sentenza di giudice, certamente non si riuscirebbe, perocchè ne mancherebbe il sostrato nella legge o nel patto, e nel proprietario stesso del fondo serviente mancherebbe un sufficiente interesse proprio per farlo spontaneamente o alle prime avvisaglie di una lite. Anzi, nella definizione del rapporto, se il giudice qualche cosa vuol fare senza pericolo di errare, quello si è di restringere ai minimi termini l'onere della servitù, ritenendo che l'utente di essa debba possibilmente contentarsi di quel tanto ch'è necessario al passaggio, senza pretendere troppi agi e troppe comodità; poichè gli agi e le comodità si addicono piuttosto al diritto del proprietario, ossia al diritto pieno, anzichè al diritto frazionario, ossia al diritto di servitù. D'altra parte, non è neppure detto che il proprietario del fondo dominante possa egli penetrare nel fondo serviente per praticarvi quelle opere che sono necessarie all'attuazione della servitù, e, in mancanza di una disposizione di legge, non può l'interessato usurparsi un tal diritto.

Molto meno poi il Codice autorizza o sanziona il diritto di abbandono del proprietario del fondo serviente che non voglia tenerlo in condizioni da rendere agevole il passaggio: la quale giusta omissione della sanzione del diritto di abbandono si deve al carattere speciale della servitù di passaggio rispetto al suo contenuto e al suo esercizio. Per esercitare il passaggio, infatti, non occorre più che la superficie o l'area o il suolo che dir si voglia: per quanto questo sia accidentato, scosceso o irregolare, pur sempre una persona, con difficoltà maggiore o minore, con maggiore o minore perdita di tempo, riesce ad attraversarlo portandosi finalmente dalla parte opposta dopo aver varcato insignificanti ostacoli. Solo se il terreno fosse scavato e non vi fosse ponte per unire l'una all'altra riva del fosso, il diritto al passaggio potrebbe risentirne; in tal caso si usa mettere per lo meno una tavola qualora il salto normale del corpo umano non valga a superare da sè l'interruzione di continuità. Ma, all'infuori di ciò (e notisi pure che, quanto alla tavola, nessun

Digitized by Google

obbligo avrebbe a collocarla il proprietario del fondo serviente, ma soltanto quello del fondo dominante potrebbe porvela e lasciarvela oppure portarsela con sè ogni volta che ha bisogno di passare sopra al fosso stesso), lo stato del suolo deve rimanere come lo tiene il proprietario del fondo serviente; e sia pur pieno di rovi o di spine, ondulato, irregolare, accidentato quanto si vuole. Il passaggio è dato allo scopo o di sopperire alla mancanza di altre uscite o di abbreviare la strada; quanto poi al tempo che occorre impiegare per percorrere questo tratto per il quale si esercita il passaggio stesso, non v'è alcuna assicurazione che sia molto o poco, breve o lungo, maggiore o minore; il tutto dipenderà dalle speciali circostanze del caso e ad ogni modo occorrerà contentarsi perchè sarà meglio di niente e pure un'utilità dovrà procacciare al proprietario del fondo dominante, vale a dire all'utente della servitù. Il *facere* è assolutamente eliminato dalla posizione del fondo serviente.

Digitized by Google

CAPO I.

Passaggio di pedoni.

40. La *servitus itineris* del diritto romano. — 41. Diritto moderno: requisito della necessità. — 42. Concetto rigoroso dell'opportunità. — 43. Indennità per la servitù. — 44. Cambiamento di destinazione del fondo serviente.

40. In diritto romano v'era la *servitus itineris*, considerata nè più nè meno che come il diritto di valersi di un sentiero attraverso il fondo del vicino per passarvi a piedi o a cavallo o per esservi condotto in lettiga. Nella l. 1, Dig. 8, 3, ULPIANO dice: *iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi.* Nel pr. delle Istit. *de servitutibus*, II, 3, si aggiunge lo *ius ambulandi; nam et iter et actum in se via continet.* Ma qui si parla di *via* in genere e non di *iter* in ispecie. Ed ecco una prima difficoltà sulla sinonimia di *via* e di *iter*. Oltre a ciò sull'*agere iumentum vel vehiculum* che s'incontra nelle Istit. come contenuto dell'*actus* e non dell'*iter*, sorge dubbio circa la contraddizione che vi sarebbe tra l'esclusione dell'*agere vehiculum* e dell'*agere iumentum* dall'*iter* e l'inclusione di questo diritto nell'*actus*. Se *via* fosse sinonimo di *iter* la contraddizione sarebbe inevitabile; ma se la *via* contiene l'*iter* e l'*actus*, allora si spiega come l'*agere iumentum vel vehiculum* sia compreso nella *via* ma non nell'*iter*. Decisamente dunque *via* ed *iter* non possono essere sinonimi; ed in ciò tanto ULPIANO quanto le Istit. giustinianee concordano a meraviglia. Quanto all'*ambulare*, usualmente se ne fa un sinonimo di *spatiari;* ma questa sinonimia è senza dubbio errata, se si pensa che una delle forme più comuni dello *spatiari* potrebbe essere la *deambulatio*. E pur troppo non è alla parafrasi greca di TEOFILO che noi siamo debitori dello essersi guastato il concetto vero dell'*ambulare*. Commentando il pr. delle Istit., II, 3, TEOFILO in sostanza dice che trattandosi di due terreni vicini, ed avendo uno dei due proprietari la volontà di abbreviar la strada per uscire dal proprio fondo, richiese l'altro proprietario del passaggio per il suo fondo (*iter*), ed allora il proprietario richiesto ammise

Digitized by Google

il passaggio ma non con giumenti nè con veicoli. TEOFILO, parlando del passaggio, adopera giustamente il verbo παριέναι, ossia andare attraverso, attraversare, ed anche l'altro βαδίζειν, cioè andare passo passo, non già coll'andatura del ladro che scappa, ma neppure con quella di chi non ha nulla da fare, poichè l'andare passo passo non equivale a ciò che noi diciamo passeggiare, come potrebbe far credere l'addiettivo avverbiale qualificativo dell' azione. Insomma TEOFILO accenna all'azione unica dell'*ire et ambulare*. Del resto, anche non facendo troppo a fidanza sul significato materiale delle parole, la motivazione di TEOFILO è abbastanza chiara per essere considerata poco meno che suggestiva; per esercitare o procacciarsi un passaggio altrimenti, il proprietario del fondo dominante avrebbe avuto bisogno o sarebbe stato costretto ad approfittare πολλοῦ κύκλου ossia di un gran giro, per ἀπιέναι ossia per recarsi nel suo fondo. Ma dunque a chi o a che si deve l'introduzione dello *spatiari* come illimitatezza e quasi come caratteristica dell'*ambulatio* o della *deambulatio?* Certamente ai commentatori e ai loro malaugurati sofismi. Chi sia stato il primo a trarne fuori dai testi questa sciocchezza non si sa nè si può sapere; trattasi di un'opinione infiltratasi assai lentamente e radicatasi molto potentemente; come accade in casi simili, le persone che non ragionano accedono all'errore per imitazione e lo propagano per indolenza e per imprudenza, difettando di critica. Lo *spatiari* non sarebbe compatibile con un diritto frazionario limitato perchè frazionario ed anche per lo scopo determinato al quale si riferisce e per la causale che lo inspira: esso è una superfetazione inutile, quantunque nulla vieti che accanto o contemporaneamente ma indipendentemente dalla servitù di passaggio si eserciti anche una servitù di passeggio. L'*ambulare* o il *deambulare*, come fu ben commentato, non è nè più nè meno che l'*ultro citroque commeare ad usus praedio necessarios*, senza limitazione del numero di volte che il diritto di passaggio può esercitarsi. Lo *ius eundi* si applica una volta sola e pure ad un solo atto o ad una sola finalità si applicherebbe l'esercizio di uno *ius eundi et redeundi;* ma una serie successiva e indeterminata di questi *iura eundi et redeundi*, esercitati più volte al giorno,

Digitized by Google

dànno il complesso di una vera *ambulatio* o *deambulatio*, ossia di quello che si dice andare innanzi e indietro; ma non a scopo di semplice voluttà e molto meno per un fine emulativo, bensì allo scopo di procurare al fondo il mezzo per integrare la sua produttività economica e per rendere possibile l'esplicazione dell'attività giuridica del proprietario di questo fondo sul fondo stesso; poichè non è presumibile che, per difetto di comunicazioni, il proprietario o i suoi uomini si trovino costretti ad economizzare i viaggi di andata e ritorno per il fondo stesso e da esso. Senonchè il *commeare* è un'operazione complessa, perchè include in sè un tal quale concetto di traffico o di trasporto di vettovaglie che del resto sembra anche necessario per completare la produzione economica e la disponibilità giuridica del fondo serviente; ed allora sembrerebbe che si dovesse avvisare ad un allargamento del concetto di passaggio. Ma ULPIANO ci ammonisce che, se vogliamo restare nei confini prefissi all'*iter*, non possiamo valerci del passaggio neppure per condurre attraverso al fondo onerato un semplice somiero, molto meno poi un carro od un traino. Ma ben MODESTINO in l. 12, Dig. 8, 3, s'incaricò di ridurre il *commeatus* alle proporzioni modestissime di un transito di persone a piedi o a cavallo per rimanere nelle proporzioni dell'*iter* e di passare all'*actus* quante volte si volesse *armenta traiicere et vehiculum ducere*. Ed ULPIANO ci aveva già fatto comprendere che la *via* comprende l'*iter* e l'*actus* amalgamati insieme. Ma vi è una difficoltà. Nel pr. *Istit.*, 2, 3, prendendo il concetto dalla l. 1, Dig. 8, 3, che è di ULPIANO e rendendolo più chiaro ancora, si dice ben evidentemente che *qui actum habet et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento*. Se dunque chi ha l'*actus* ha anche l'*iter*, qual necessità di formare colla somma di queste due figure una figura unica, quella della *via*, il cui contenuto non ci offre nulla di più di quanto è costituito dal semplice *actus?* La risposta non può essere soddisfacente, se non si provi che la *via* comprenda oltre l'*iter* e l'*actus* qualche altro *ius* oppure comprenda questi due *iura* in un modo diverso da quello con cui li comprende la *via*. L'ELVERS (1) ben

(1) *Servituten*, pag. 395, nota v.

Digitized by Google

a ragione osservò che la *via* non si può considerare come una pura e semplice somma dell'*iter* coll'*actus* (1). Ma in che si può distinguere la *via* dall'*actus* semplice e in che dalla somma tra l'*iter* e l'*actus?* La *servitus viae* comprende, oltre al diritto di passare con veicoli sul fondo altrui, anche quello di trascinarvi pietre e travi ossia un pieno *ius eundi et vehendi* che è nella *servitus actus*, ma che nella *servitus actus* può, riguardo all'esercizio, essere anche sdoppiato nei suoi due elementi; in altri termini si trovano contenuti nella *servitus viae* i tre diritti dell'*eundi*, dell'*agendi iumenta*, del *vehendi*. L'*iter* dunque è il primo gradino e il più semplice nelle tre specie diverse dei diritti reali di passaggio: indi viene l'*actus*, che comprende necessariamente l'*ire* e l'*agere iumenta* ma non sempre nè necessariamente il *vehere* o il *ducere plaustrum*, mai il *trahere lapidem aut tignum;* infine la *via* tutta completa contiene l'*ire*, l'*agere*, il *vehere* presi insieme ed anche qualunque specie di *vehere* che sia di più che un semplice *ducere plaustrum*. Si potrebbe dire che la *via* rappresenta la pienezza del diritto di passaggio, e che invece l'*iter* ne rappresenta solo il *minimum*. Vi sono anche delle differenze indirette tra queste tre specie, in cui l'*actus* rappresenta la categoria di mezzo; specialmente poi tra la *via* e l'*actus*, tra la *via* e la somma dell'*iter* coll'*actus*. Non si può trarre alcun costrutto da quanto Ulpiano in l. 13, § 1, Dig. 46, 4, espone a riguardo dell'*acceptilatio*.

Non è ammessa accettilazione tra la *via* da una parte, l'*iter* o l'*actus* dall'altra, nè l'accettilazione dell'*actus* libera la stipulazione della *via;* ma l'accettilazione dell'*iter* e dell'*actus* liberano dall'obbligo della *via*. Questo, se mai, starebbe a provare la perfetta equivalenza della *via* alla somma tra l'*iter* e l'*actus*. Ma la formola della rivendicazione della *via* era *ius mihi esse ire agere per fundum tuum*, oppure importava una particolare rivendicazione dell'*iter* o dell'*actus* secondochè l'uno o l'altro di questi fosse stato offeso nell'esercizio; senonchè il rivendicante l'*actus* non poteva adoperare la formola della *via* nè limitare il suo reclamo allo *ius itineris* ma si serviva della formola *sibi agere licere* riferendola allo

(1) L'*actus sine itinere* vi può essere secondo Ulpiano (l. 4, § 1, Dig. 8, 6), non può esservi secondo Paolo (l. 1, Dig. 34, 45).

Digitized by Google

ius eundi quasi come a diritto non essenziale al contenuto dell'*actus*. È PAOLO nella l. 9 pr., Dig. 8, 5, che accenna ad una tale differenza di struttura procedurale. Lo stesso ULPIANO in l. 11, § 6, Dig. 42, 2, ammette la domanda dell'*actus* successiva a quella dell'*iter;* che se l'*iter* fosse essenziale all'*actus*, basterebbe la richiesta dell'*actus* per comprendere anche la richiesta dell'*iter*. Di più, lo stesso PAOLO in l. 2, Dig. 8, 6, dichiara che valendosi dell'*actus* anche soltanto come *iter* si conserva l'intiera servitù; ma che si perda l'*actus* se il titolare di esso per dieci anni non lo esercita, anche se eserciti semplicemente l'*iter*, fu ritenuto arbitrariamente da coloro i quali interpretarono, con una contorsione assurda del testo, l'espressione binomica *iter* ed *actus* come una stessa cosa con *via*. Non si è mai tanto falsificato o alterato il significato di un testo per indurlo a dir cosa ben diversa da quella voluta dallo scrittore, come in questo caso: PAOLO non ha voluto e non ha potuto dire che una cosa sola, degna di nota: e cioè che, non esercitando che l'*iter*, si conserva l'*actus*. Nessuna parola fece della *via*, che del resto si dice non risultare punto dalla somma materiale di *iter* con *actus*. La parte più importante della servitù di *via*, per quanto essa ha in più dell'*iter* e in più dell'*actus*, è il diritto di trascinare sul fondo serviente pietre e travi, oltrechè di passarvi con ogni specie di veicolo ed anche col bestiame; avendo semplicemente l'*actus*, un tal diritto di trascinare pietre e travi non vi è punto. La l. 7 pr., Dig. 8, 3, è un frammento dei commenti edittali di PAOLO, in cui si spiegano con molto chiarezza le diverse facoltà inerenti a ciascuna di queste tre figure di servitù. *Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur; iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumenta agere potest; sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret, ut possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent; plerique et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.* Questo *hastam rectam ferre aut referre* (*aut deferre* secondo altra lezione) è il contenuto differenziale dello *ius viae* insieme col *trahere lapidem* e col

Digitized by Google

trahere tignum; ma non si può chiaramente sapere di che proprio si tratti. D'AVEZAN, non corto a fantasia, nella parte 3ª, cap. 18, del suo *Servitutum liber* (1) riferisce il *ferre* o *referre hastam rectam* alle misurazioni in altezza dello spazio libero occorrente all'esercizio della *servitus viae.* Osserva quel commentatore che, essendo proibito l'uso delle armi senza il permesso del Principe dalla nov. 86 e dal tit. 6, lib. 11 Cod., questo *hastam ferre* non può riferirsi all'asta considerata come arma, ma bensì ad un'asta o bastone che possa essere liberamente fatto passare da cielo a terra nello spazio destinato all'esercizio della servitù, in mano di chi esercita la servitù o misura l'altezza della servitù stessa. Si vorrebbe che la *via,* così com'è costituita, servisse non solo ad una data larghezza ma anche ad un'altezza sufficiente, alla quale non trovi impedimento nè per edifizi nè per piante; talchè per quei luoghi possano transitare veicoli carichi in sovrabbondanza. Ma forse la lingua latina non ha parole sufficienti per esprimere questo stesso concetto in una forma meno ambigua? Forse che al giureconsulto PAOLO sarebbe mancata la forma del periodo per designare una misurazione tanto in alto, che qualsiasi veicolo, comunque carico, potesse intercedervi o passarvi liberamente senza ledere i frutti della pianta nei suoi rami fronzuti? Anzi, lo aver messo per lo appunto questa condizione: *si modo fructus non laedat,* significa che non era il diritto di passare coll'*hasta recta* un diritto assoluto, al quale si fosse dovuta adattare l'altezza degli alberi e la copia delle loro diramazioni o dei loro ciuffi, ma bensì un diritto relativo che a sua volta dovesse adattarsi allo stato della vegetazione per lo spazio dove si transitasse. Del resto, l'argomento tratto dal divieto di portare armi fa ridere. Il Codice riporta un'unica costituzione di VALENTINIANO e VALENTE che è del 364; e la nov. 86 di GIUSTINIANO è del 539. Ma PAOLO fiorì nella prima metà del terzo secolo di Roma e non poteva pensare, non diciamo alla novella di GIUSTINIANO, lontana di secoli, ma neppure alla costituzione di VALENTINIANO e VALENTE: e ciò anche nella dannata ipotesi ch'egli avesse potuto non trovare parole adatte per dichiarare nettamente

(1) *Thesaurus* del MEERMANN, tom. IV, pag. 167.

Digitized by Google

la ragione della sua opinione non solo, ma il contenuto dell'opinione stessa.

Certo è che nell'epoca in cui non si conosceva il mestiere delle armi, ma il diritto di portare e di adoperare le armi era riconosciuto come diritto del cittadino quale elemento essenziale della forza dello Stato, in mezzo agli abusi che una tale facoltà recava seco per gli atti di violenza privata, ai quali dava facile adito, il sentimento della dignità civica era grandemente diffuso ed atto a dare utili germogli per la grandezza della patria e la diffusione del nome romano. Nè allora lo Stato esercitava una così ridicola funzione regolamentare, quale si vide in epoca successiva e specialmente sotto l'impero: le energie vive del cittadino procedevano in forma autonoma senza bisogno di troppe tutele, di quelle tutele che negli Stati moderni corrompono la fonte stessa del viver civile. Un giureconsulto classico, il quale illustra istituti classici e tradizionali del popolo, anche se vivesse in tempi di basso impero, non potrebbe trascurare il migliore elemento storico nè fermarsi a disposizioni recentissime senza far notare il distacco collo stato anteriore: il qual ragionamento, lo ripetiamo, non è tuttavia neppure applicabile a Paolo che precedette di molto le costituzioni richiamate che si oppongono al porto d'armi senza permesso. Oltrè a ciò, la possibilità del permesso basterebbe da sè sola a far cadere in gran parte il ragionamento del D'Avezan; poichè, se il permesso di portare armi è accordato al proprietario del fondo dominante in *servitus viae* e di questo permesso esso si vale per difendersi dai malfattori che infestano le campagne e generalmente per sua difesa personale, non può escludersi che porti le armi e magari l'*hasta* nel recarsi dalla campagna in città nei giorni di mercato o *nundinae* per accudire ai molteplici suoi affari che ve lo chiamano. Del resto, quanto a dimensioni, la *via* è senza dubbio più larga dell'*iter*, ossia del semplice sentiero: secondo le Dodici Tavole, la *via* presenta 8 piedi *in porrectum* e 16 *in anfractum* (1); ma poi, come ne fa fede Paolo (2), la giurisprudenza decampò

(1) V. Gaio in l. 8, Dig. 8, 3.
(2) L. 22 pr., Dig. 8, 3.

Digitized by Google

da queste misure rigorose ed ammise la *via* più larga o più stretta degli otto piedi secondo il fabbisogno per il transito di un veicolo, ma sempre proporzionatamente al passaggio del veicolo stesso perchè di *via* non diventi poi *iter*. Altre differenze tra le tre figure dell'*iter*, dell'*actus* e della *via* sono portate dalla giurisprudenza. Ad esempio, nella l. 7 pr., Dig. 8,3, PAOLO dichiara che *qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur;* ma si noti però che la *sella* e la *lectica* erano portate da schiavi, mentre le *basternae* o lettighe per dame erano portate da muli o *bardones* e le *carrucae* erano veri veicoli con ruote, trascinati anch'essi da muli. Nella *sella* si sedeva, nella *lectica* si giaceva come su di un letto (e però era anche detta *cubile, torus, grabatus*). Nell'*iter* la larghezza del sentiero, se non era stata previamente determinata dalle parti interessate, si fissava dal giudice secondo la situazione del luogo e secondo l'equità (1); e, siccome è vietato il *ducere iumentum* se si ha il semplice *iter*, ma non è proibito servirsi di un giumento per cavalcarlo come mezzo di trasporto, così la larghezza del sentiero dev'essere anche sufficiente per il passaggio di una cavalcatura che trasporti l'esercente il diritto *itineris*.

Si fece ricerca sull' origine e sulla derivazione dei tre termini *via, actus* e *iter* applicati alla servitù di passaggio, per vedere di cavarne fuori qualche buona conclusione in linea d'interpretazione e di struttura giuridica. Si ritiene dall'opinione più razionale, sotto il punto di vista storico, che queste parole appartenessero in origine alla viabilità necessaria e negli *agri limitati;* e che poi per analogia e per mancanza di termini migliori si adattassero anche al passaggio volontario o convenzionale. Si ricorda l'*iter* come *limitare iter* in VARRONE e l'*actus* di FESTO che è un *iter inter vicinos*, ben diverso naturalmente dalla *servitus actus* dei giureconsulti. I *limites actuarii* diversi dai *subruncivi* e dai *linearii finitimi*, anzi forse antitetici agli stessi *linearii*, certamente preludiarono alla *servitus actus* così come fu stabilita in seguito per il lavorio delle consuetudini e per quello della giurisprudenza che vi tenne dietro. Col tempo si giunse a ritenere

(1) GIAVOLENO in l. 13, § 2, Dig. 8, 3.

Digitized by Google

che la *via* fosse, per ampiezza, il risultato di due *actus* (mentre il *finis* normale è di sei piedi); e si volle anche giungere alla conclusione che neppure l'*actus* in origine fosse una servitù ma bensì un *iter vicinale* o *intervicinale*. Il continuo mutamento delle *condiciones agrorum* deve senza dubbio avere influito anche nella mutazione della primitiva figura della servitù prediale; nondimeno la figura giuridica parve allontanarsi dal concetto di rigorosa necessità per manifestarsi piuttosto sotto il punto di vista della utilità o di comodità della scorciatoia, come la troviamo ben chiaramente sì nella *Parafrasi* di TEOFILO come nell'*Epitome exactis regibus*. Infine si potè concepire nella sua struttura come una deroga, a vantaggio di un fondo, della viabilità fissata dalla *lex* e come un correttivo alla minore comodità offerta dai *limites* e dai *confinia;* e questo probabilmente accadde anche prima che i giureconsulti classici fissassero la loro attenzione a disciplinare la figura storica già precedentemente formatasi.

41. Il diritto moderno ha affermato anzitutto il requisito della necessità. Il diritto di passaggio e di acquedotto costituisce il paragrafo 6° della sezione 1ª del capo 2° che si occupa delle servitù prediali; sezione che a sua volta si riferisce alle servitù stabilite dalla legge. E difatti l'art. 592 sembra rigoroso nello stabilire che debba trattarsi di *passaggio* del quale *sia riconosciuta la necessità affine di costruire o riparare un muro od altra opera propria del vicino od anche comune*. Certamente, a ben guardare, nessuno vorrà credere che qui si tratti di vera e propria servitù prediale. Anzitutto esula qui ogni concetto di causa perpetua, dappoichè lo scopo di costruire o di riparare un muro od altra opera propria del vicino od anche comune è tanto uno scopo transitorio, che cessa completamente allorchè il muro o l'opera di cui si tratta è stato terminato di costruire o di riparare; ordinariamente per far questo occorre poco tempo, poichè non si tratta di una casa intiera, ma di parte di una casa. Però, anche se si trattasse di una casa intiera da erigere *e fundamentis*, questa circostanza non basterebbe a costituire la causa perpetua di cui occorre una servitù prediale per dirsi veramente tale. Ma intanto si domanda: e se

Digitized by Google

invece di un muro si trattasse di costruire o di riparare tutta una casa, il vincolo reale col carattere di servitù prediale si dovrebbe ammettere come un portato della disposizione legislativa all'infuori di una speciale convenzione? *A fortiori* risponderebbero taluni che sì; perocchè, se questa comodità è data per costruire o riparare un muro, sembra molto più opportuna per costruire o riparare una casa intiera. Senonchè questo ragionamento non correrebbe per una ragione semplicissima: ed è che la casa può anche non costruirsi; ma, quando vi è ed è stata costruita, non si può a meno di ripararne il muro o di costruire il muro che deve servirle come di pertinenza o di complemento. Senonchè si osserva in contrario che la costruzione del muro al quale l'articolo si riferisce non è detto sia piuttosto la costruzione del muro di una casa già esistente anzichè la costruzione del muro di una casa che si sta fabbricando o la costruzione di un muro libero che non ha rapporto alcuno con una casa fabbricata o da fabbricare; e si osserva inoltre che l'articolo accanto al muro parla di *altra opera* e che quest'*altra opera* può anche essere una casa od una villa od un palazzo, anche in città. Ma il legislatore, se avesse voluto ammettere il passaggio anche per fabbricare una casa (e, s'intende bene, tanto per la costruzione del muro quanto per la costruzione della casa o di altra opera, non solo il passaggio delle persone ma anche quello del materiale e dei veicoli necessari al trasporto di questo), non avrebbe forse pensato di farne espressa menzione anzichè fare assorbire nell'espressione *altra opera* il concetto precipuo e caratteristicamente sostanziale della casa? Dire *altra opera* dopo aver parlato di muro sembra volersi accennare ad un'opera di minore importanza che non sia il muro stesso; altrimenti, anzichè parlare di altra opera per includervi la casa dopo aver parlato del muro, si sarebbe dovuto dire meglio *casa od altra opera*, non già *muro od altra opera*.

Questo ragionamento starebbe per l'esclusione dell'onere del passaggio per costruire o riparare una casa; e concorrerebbe a questo risultato anche una certa specie d'interpretazione ristrettiva che si volesse adottare nel costituire o nel riconoscere, tanto più se imposto dalla legge, un rapporto

Digitized by Google

incomodo di vicinanza necessaria. Ma è forse esatto il dire, di fronte al testo, che si debba tener conto di un'interpretazione ristrettiva anche quando il testo si presti vagamente ad una interpretazione estensiva? Per vero dire, non si tratta di lavorare col metodo delle analogie allorchè si vuole estendere la disposizione fatta per i muri ad altre opere dell'importanza di un edifizio fabbricato o da fabbricare *ex novo;* ma si tratta bensì di vedere se l'interpretazione comprensiva è sufficiente per far rientrare la specie *casa* sotto il genere *altra opera.* Di fronte a questo metodo d' interpretazione passa anche in seconda linea l'argomento già accennato sopra della materiale giacitura delle parole *altra opera* dopo la parola *muro:* poichè se, giusta l'intenzione del legislatore, questa parola avesse come suo ufficio di comprendere tanto la casa quanto il fosso, tanto la torre quanto la peschiera, una meno esatta disposizione delle parole, fatta certamente senza intenzione, non potrebbe compromettere il significato sostanziale di tutta quanta l'espressione considerata nell'insieme e nelle parti che la compongono. La base non sarebbe nella parola esplicita del testo, ma bensì in una disposizione implicita e la cui esistenza farebbe parte dell'esistenza di un'altra disposizione più vasta, più comprensiva: resta dunque a vedere soltanto se l'espressione *altra opera* considerata di per sè nel suo senso letterale e secondo l'intendimento del legislatore, debba o no estendersi alla fabbricazione di una casa *ex integro,* o alla riparazione completa di tutta quanta una casa già fabbricata. Nel caso nostro, anche a tener conto dell'incomodo sensibile che verrebbe al fondo vicino per il passaggio delle persone e del materiale trasportato anche a mezzo di carri, non sembra si possa escludere, con tranquillità di esser nel vero, il passaggio necessario ossia obbligatorio anche nel caso di costruzione di tutta quanta una fabbrica di sana pianta. Perciocchè ed in tal caso cresce l'interesse dell'un vicino nel valersi di un passaggio attraverso al fondo del suo vicino, ed è anche meno a supporsi o a temersi che si possa trattare di una situazione emulativa creata artifiziosamente dal proprietario del fondo dominante; e l'importanza della figura giuridica, relativamente al suo contenuto, è tale da avvicinarci di più per la sua causa a

Digitized by Google

quella di una vera servitù prediale, per quanto la causa stessa non abbia a ritenersi siccome perpetua. Tutto considerato dunque, a noi sembra doversi includere la costruzione di tutta quanta una casa tra quelle posizioni di fatto che richiedono l'uso del passaggio legale e ne costituiscono una condizione necessaria, imprescindibile: poichè per l'appunto nè il proprietario del fondo dominante è tenuto a render conto al proprietario del fondo serviente della opportunità e molto meno della necessità di fabbricare la casa, nè egli può essere obbligato a non trar profitto dalla vicinanza dei fondi per rassegnarsi ad un transito più lungo e più disagevole per quanto egualmente conducente allo scopo finale di costrurre una casa, con maggiore o minor dispendio. Poichè il sistema della legge, in queste cosiddette servitù necessarie, è quello di premere sul rapporto di vicinanza, alle spese del quale, stante la reciprocità non meno necessaria in caso di bisogno reciproco, sembra che la natura stessa abbia voluto porre le condizioni di svolgimento economico della produzione di tutti i fondi vicini e del loro adattamento a seconda della destinazione del proprietario rispettivo. Se basta l'accesso, la legge obbliga l'accesso necessario; se inoltre occorre il passaggio, conviene assicurare il passaggio; ma accesso e passaggio possono servire a scopi di fabbricazioni di poca entità o della entità massima, anche se l'incomodo fosse così destinato a protrarsi per un tempo considerevole oltre quanto durerebbe se si trattasse di un semplice muro o di un'opera minore del muro. Evidentemente, se al proprietario che vuol costruire o riparare si negasse qualsiasi passaggio o accesso, da qualsivoglia dei fondi vicini o in qualunque fondo vicino, si renderebbe con ciò perfettamente impossibile la fabbricazione o la riparazione, e quindi il proprietario resterebbe privato di uno dei diritti più indispensabili e più strettamente connessi coll'esercizio della proprietà; egli non potrebbe cangiare la destinazione del suo fondo col costruirvi delle case e neppure potrebbe riparare le case vecchie le quali già nel fondo stesso si trovassero. Ora, dal momento che per esercitare il suo diritto di proprietà egli deve pure recar molestia a qualche vicino, è ben naturale che tra vicini onerabili della

Digitized by Google

servitù si osservi la regola del minimo mezzo, ossia si comincino col gravare i viciniori e cioè quelli la situazione dei cui fondi costituisce uno stato di necessità passiva in riguardo all'esercizio del diritto di accesso o di passaggio, secondochè si tratta dell'uno o dell'altro di questi diritti. Poichè la necessità non è soltanto di fronte al fabbisogno del fondo nel quale la costruzione o la riparazione avviene, ma anche nella quantità del percorso al quale è obbligato il passaggio; e perciò chi dice passaggio necessario, dice necessità di passaggio e necessità di percorso ad un tempo: le due necessità si completano a vicenda e completano insieme la figura del rapporto di vicinanza di cui si tratta. La condizione dei luoghi, la brevità delle strade e delle comunicazioni in genere è del resto il criterio più naturale, più semplice e ad un tempo più giusto per risolvere il problema di provvedere alle necessità delle costruzioni o delle riparazioni da effettuarsi nei muri e nelle altre opere situate nei fondi dominanti e nelle pertinenze di quei fondi: ogni altro criterio, oltrechè involgerebbe questioni interminabili tra le parti e forse darebbe luogo ad un soverchio arbitrio del giudice, sarebbe anche meno giusto di quello fornito dalla natura e dalla situazione dei luoghi. Che dire però nell'ipotesi che la strada o il passaggio più breve, tenuto conto dei rapporti di vicinanza, non sia però il rapporto più agevole e più facile in rapporto con lo scopo propostosi dal proprietario che pratica la costruzione o la riparazione? E che dire nel caso di comodità o di attitudine sufficiente in ciascuno dei passaggi, ma minore in quelli di percorso più breve e maggiore in quelli di percorso più lungo? È forse da aversi riguardo alla composizione del rapporto di lunghezza con quello della comodità del percorso? E fino a qual punto può esercitare influenza il fattore della comodità, considerato di per sè e indipendentemente dalle altre circostanze? Tutti questi quesiti non possono assolutamente evitarsi, quantunque la risposta possa sembrare imbarazzante.

A nostro modo di vedere, conviene essere rigorosi; poichè la legge ha largheggiato già tanto pur senza parlare affatto della circostanza della comodità, e non è giusto che noi, nell'applicare le larghezze della legge, aggiungiamo

Digitized by Google

al rapporto di vicinanza, che essa ebbe di mira, altre circostanze la cui elasticità del resto dipende da apprezzamenti delle utilità individuali e presterebbe facile adito ad emulazioni ed a collusioni tra vicini. Solo quando il disagio fosse evidentissimo e contrastasse enormemente all'attuazione del passaggio, ci sembra che si potrebbe ammettere l'abbandono della via più breve e l'adottazione di una via meno breve ma più comoda.

Supponiamo, p. e., che per la via più breve e meno comoda si trovi un profondo burrone od un bacino di acqua stagnante: la legge del minimo mezzo consiglierebbe per lo appunto questa via, ma si oppone ad essa il disagio grande attuale e il maggiore probabile per il caso di pioggie e di conseguenti alterazioni o scoscendimenti anche sotto i passi dell'uomo o sotto le ruote dei traini, tanto da rendere o impraticabile o pericolosa una cosiffatta via. In tal caso conviene attenersi alla via più lunga; ma intendiamoci bene che il disagio dev'essere tale da rendere la via o impossibile o superlativamente difficile, poichè se si trattasse soltanto di una differenza di gradi tra un percorso e l'altro, la legge del minimo mezzo richiamerebbe l'interprete alla esatta osservanza dei rapporti vicinali. In caso di dissenso spetta al giudice vagliare il pro e il contra; ma al giudice non si attribuisce per questo neppure un grano di arbitrio *pro bono et aequo*, perchè la legge e l'interpretazione che completa la legge fissano abbastanza bene i limiti della necessità in rapporto ai bisogni del fondo dove si pratica l'edifizio o la demolizione. Del resto, è giustissimo che la necessità, anche considerata sotto questo punto di vista, involga una semplice *quaestio facti* e dipenda perciò dalla considerazione, oltrechè di una sufficiente comodità, di un *minimum* di comodità, anche di tutte le altre circostanze che determinano la posizione di fatto; non ultima tra queste circostanze quella del prezzo o costo della fabbrica o della riparazione, secondochè l'accesso sia dato più lungo o più breve, da una o da altra parte. In ogni caso, però, la ufficiosità dell'istituto del passaggio non deve compromettere nè diminuire l'obbligo del riconoscimento della necessità del passaggio in un determinato percorso anzichè in percorso di-

Digitized by Google

verso. E, se relativa si vuol chiamare la necessità di un *minimum* di comodo per raggiungere, sia pure in ragione inversa del percorso, lo scopo di trasportare materiale e di dar passaggio e accesso a persone sul luogo dove si costruisce o si ripara l'edifizio, non vi è difficoltà a ritenerlo in rapporto massimamente con la spesa che si deve sostenere per conseguire l'intento. Forse più che necessità relativa noi potremmo chiamarla necessità *concreta;* e cioè ben diversa da quella prospettata nel successivo art. 593 con espressioni ben diverse e che, sotto un certo punto di vista, sembrano portare ad una soluzione inversa rispetto a quella cui si giunge per l'art. 592 in cui è tassativamente prescritto che sia direttamente riconosciuta la necessità del passaggio.

Non vi è peraltro alcuna difficoltà ad ammettere che, come per la costruzione e la riparazione, il passaggio necessario si dia altresì per effettuare la demolizione: e qui sovviene l'analogia, ben riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza ad un tempo. Ma, a nostro modo di vedere, una tale facoltà non può competere direttamente nè all'usufruttuario nè all'usuario, quantunque competa e al direttario e all'utilista perchè entrambi proprietari per quanto non pienamente. Prima di tutto vi è il testo dell'art. 592 che parla di *costruire o riparare un muro od altra opera propria od anche comune,* ossia si pone nel campo di azione dei diritti di proprietà, essendo anche l'onere passivo nel proprietario e non nell'usufruttuario nè nell'usuario del fondo serviente. L'usufruttuario e l'usuario, tanto per usufruire quanto per essere gravati del passaggio attraverso il fondo del quale hanno l'usufrutto o l'uso, vogliono essere astretti a servirsi del tramite del proprietario rispettivo, perciocchè questi rapporti reali (siano dessi o no da considerarsi propriamente come rapporti di servitù) si passano unicamente tra proprietari e non altrimenti, nè tra altri che abbiano altra specie di rapporto giuridico coi fondi vicini l'uno dei quali domini e l'altro serva. Del resto, solitamente le opere di cui si tratta o sono fatte dal proprietario o sono fatte dall'usufruttuario e dall'usuario quasi in rappresentanza del proprietario stesso e colla sua intesa e previo accordo; la qual cosa ultima accade allorchè si tratti di lavori di straordinaria

Digitized by Google

manutenzione o di lavori di manutenzione anche ordinaria, ma di una certa importanza e di un considerevole dispendio. Bensì non occorre preoccuparsi della condizione, stato o destinazione del fondo serviente; sia il podere aperto o chiuso, si tratti di un giardino o di un cortile, di una casa o di un andito di casa, la servitù, o, per dire più esattamente, l'onere reale è dovuto quante volte il passaggio si manifesti come necessario di una necessità concreta e non soltanto astratta: il Codice parla di fondo e l'espressione « fondo » è generica e comprensiva su larga scala di qualsiasi edifizio o territorio, adibito a qualsiasi uso e successivamente destinato anche a fini diversi durante l'esercizio del diritto vicinale di passaggio. E del pari si prescinde dalla qualità e dalla specie del fondo dominante, purchè si constati che per andarvi è necessario l'accesso e il passaggio attraverso alla proprietà onerata o che si vuole onerare di servitù; insomma il nucleo dell'istituto, anche per la posizione dei termini soggettivo e oggettivo del corrispondente rapporto giuridico, è tutto obbiettivo, e da considerazioni obbiettive muove pure la determinazione del contenuto della servitù. Poichè si domanda se la servitù di passaggio, avuto riguardo allo scopo, comprenda o non comprenda il diritto di depositare sul fondo serviente i materiali da costruzione formandovi una specie di piccolo cantiere e di farvi l'impasto del cemento. La natura diversa del passaggio delle persone o dei traini da un lato e del deposito di questo materiale dall'altro non deve impressionarci di molto, quantunque ciò abbia rapporto colla natura della servitù o dell'onere in entrambi i casi, dei quali l'uno risponderebbe ad un esercizio discontinuo e l'altro ad un esercizio permanente; e non deve impressionare perchè l'uno e l'altro onere sarebbero ordinati al fine unico di cooperare per la costruzione o riparazione di cui si tratta nel fondo del vicino. Ma appunto la diversità, non tanto sotto il punto di vista dell'esercizio rispetto alla sua continuità o meno, quanto sotto il punto di vista della qualità e specie del contenuto, avrebbe reso, più che utile, indispensabile un espresso accenno a queste altre facoltà complementari, se pur così vuolsi, del passaggio, nel testo della legge stessa. Il non essersi fatto è indice che non siasi vo-

Digitized by Google

luto; poichè, se tutte le volte che la convenienza o la opportunità di un onere ne richiama un altro, si potesse per ciò solo aggiungere arbitrariamente il tacito all'espresso sol per il nesso che vi ha tra i due, non è da porsi in dubbio, si sconvolgerebbe tutto quanto il complesso delle regole d'interpretazione su questa materia e si moltiplicherebbero gli oneri a vista d'occhio, favorendo di preferenza i proprietari dei fondi dominanti contro i proprietari dei fondi servienti. Del resto, il deposito del materiale e la preparazione del cemento si possono ben compiere nell'area dello stesso fondo dominante, quasi sempre in rapporto di maggiore adiacenza coll'edifizio che si tratta di fabbricare o di riparare; essendo fuor dell'ordinario che tutto quanto il fondo dominante stesso e sue pertinenze sia occupato dall'edifizio di cui si tratta. Che se per contrario, trattandosi di un fondo urbano da costruirsi o ripararsi, senza pertinenze o con pertinenze territoriali insufficienti al doppio ufficio di cantiere di deposito e di preparazione del cemento, in tal caso converrebbe avvisare ad un'altra servitù od onere che dir si voglia, ma diversamente caratterizzato e tutto speciale ed autonomo. Non si tratterebbe di un rapporto di vicinanza legale, ma bensì di un rapporto da regolarsi appositamente per convenzione. Quel che può restare benissimo senza regolamento è il contenuto della servitù di passaggio; e cioè se l'onere comprenda soltanto il passaggio di uomini portatori di materiale, od anche il passaggio di somieri o di muli, o perfino il passaggio di carri di varia grandezza, più o meno pesanti od onerati. Se, come è da ammettersi trovandoci di fronte ad un puro rapporto legale, le parti non si dettero pena di regolare tra di loro questi particolari a mezzo di convenzione, è troppo naturale che debbano sottentrare le regole dell'interpretazione e il criterio dell'interprete. Evidentemente, si terrà conto della natura e dell'entità dei lavori, nonchè del tempo utile per compierli, secondo la stagione e secondo le particolari esigenze della costruzione, della riparazione, della demolizione. Se si tratta di un fabbricato che minacci rovina da un istante all'altro, occorrerà una demolizione febbrile e quindi i carri si succederanno ai carri quasi senza interruzione: ma in compenso la durata com-

Digitized by Google

plessiva dell'onere sarà minore; la qual cosa potrà esser trovata più comoda dal proprietario del fondo onerato, in confronto di un onere più blando ma più lungo. In tal caso poi le ragioni d'interesse pubblico sono così eloquenti, che per necessità stessa di cose le ragioni d'interesse privato sono costrette a tacere e a sopirsi; l'urgenza della demolizione non dà tempo di misurare l'estensione dell'onere, anche perchè l'inevitabilità di un diritto e di un esercizio reciproco eventuale da parte del vicino che per l'occasione risente danno temporaneo, fa tacere ogni risentimento. E anzi per la specialità del caso e i danni considerevoli derivanti dalla demolizione, specialmente allorchè questa non è spontanea ma è ordinata dai poteri pubblici, predomina in tutti i vicini quasi un senso di commiserazione verso quello tra di essi che dalla forza degli eventi contrari è stato costretto a privarsi, qualche volta anche con dispendio, della utilità, per quanto ormai ridotta a poco, di una casa o di un edifizio la cui costruzione aveva pur richiesto dei capitali e delle cure. Più cauti si deve andare nel caso di costruzione in genere, ed anche più nella ipotesi di costruzione voluttuaria; poichè, quantunque la legge non ponga alcuna limitazione alla facoltà di costruire che ha qualsiasi proprietario senza determinazione di scopi e purchè non leda l'interesse legittimo o il diritto del vicino, tuttavia non si può prescindere dalle condizioni di fatto e dalle finalità della costruzione speciale della quale si tratta. Ed è questa delle finalità della costruzione o della riparazione una circostanza la quale entra essenzialmente nelle condizioni d'ambiente e determina la fattispecie alla quale l'interprete è chiamato ad applicare la legge razionalmente e secondo lo spirito di essa, in modo che il rapporto di vicinanza non sia esagerato, ma non sia neppure trascurato o sacrificato a principî astratti la cui rigidità mal si comporterebbe coll'indole tutt'affatto ufficiosa di questi rapporti, quantunque dominati dalla necessità e dalle prescrizioni del minimo mezzo coordinatamente ad un determinato fine. Se, a mo' d'esempio, si tratta di attuare una industria estrattiva o il prosciugamento di una palude, si tratta di utilizzare un fondo, non già di costruire, riparare o demolire un muro od opera simile; quindi non reggerebbe

Digitized by Google

il rapporto legale obbligatorio di fronte alla lettera della legge, ma bensì di fronte allo spirito, tanto più che la continuità dell'esercizio anche qui ci avvicinerebbe di più alla causa perpetua. E perciò in tali casi l'onere legale sarà più indispensabile ancora, per quanto più gravoso.

42. Ma pur non esula completamente dalle vigenti disposizioni legislative il concetto dell'opportunità. L'articolo 593 dispone che il proprietario il cui fondo è circondato da fondi altrui e che non ha uscita sulla via pubblica, nè possa una tale uscita procurarsi senza eccessivo dispendio o disagio, abbia diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione od il conveniente uso dei propri fondi. I commentatori sono d'accordo nel ritenere che qui si tratti di una servitù diversa da quella dell'articolo precedente, che provvede ad una posizione di necessità concreta e che riguarda la costruzione o riparazione di un muro o di altra opera affine, mentre l'articolo 593 riguarda più propriamente la coltivazione e l'uso del fondo coltivato. L'articolo 592, che riguarda le case o gli edifizi, certamente non suona lo stesso dell'articolo 593 che riguarda i terreni coltivati o coltivabili perchè destinati a coltivazione, almeno per le espressioni materiali adoperate nell'un caso e nell'altro. Ma da questo al dire che il legislatore in ciascuno dei due detti articoli abbia inteso di adottare una soluzione diversa, certamente ci corre e ci corre assai. Anzitutto il concetto di opportunità nell'articolo 593 non è così esteso, che non abbia anche ivi le sue limitazioni: poichè ad ogni modo è detto che un tale passaggio deve stabilirsi da quella parte per cui il transito dal fondo circostante alla via pubblica sia più breve e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso. Insomma il transito dev'essere per la via più breve, ma ciò non toglie che il proprietario interessato a procurarsi un'uscita sulla via pubblica possa risparmiare un eccessivo dispendio o disagio ricorrendo ai vicini. Ma se il procedere per la via più breve e meno dannosa al fondo serviente importasse invece eccessivo dispendio o disagio a lui proprietario del fondo dominante? Qual'è l'interesse che in tal caso deve prevalere? Che cosa ha voluto, che cosa

Digitized by Google

ha pensato il legislatore, qui? È deplorevole che non ce lo abbia fatto comprendere meglio; è forse anche più deplorevole che non lo abbia saputo neppur lui. Si vuole allora che l'interprete o il giudice si metta al posto del legislatore stesso?

No: è proprio l'ufficio del perito che si richiede come decisivo in questi rapporti giuridici. Il perito ci dirà tre cose o piuttosto ci fornirà tre dati: *a*) la quantità di dispendio o disagio che il proprietario del fondo il quale non ha ancora uscita sulla via pubblica dovrebbe sopportare per procurarsi sul suo territorio l'uscita stessa, quante volte ciò sia possibile; *b*) se questo disagio o dispendio ovvero il disagio o dispendio che s'incontrerebbe servendosi di un percorso diverso sia o no proporzionato al profitto ch'egli ricaverebbe dall'uscita sulla via pubblica in rapporto alla quantità e alla qualità di produzione del fondo da lui coltivato; *c*) quale sia il passaggio meno dannoso per il fondo serviente tra vari percorsi che potrebbero essere progettati per procurare l'uscita sulla via pubblica al fondo che ne abbisogna. Così l'opera del perito ci fa avvisare ad un nuovo elemento che non è indicato dal legislatore; e cioè alla maggiore o minore proporzione del dispendio o disagio che il proprietario del fondo per cui occorre l'uscita sulla via pubblica dovrebbe soffrire per provvedere al suo bisogno senza molestare il vicino: e questo criterio potrebbe anche fornire dei risultati concreti di una valutazione alquanto vicina al vero stato delle cose.

Ma il caso o i casi in cui il proprietario di un fondo può, sia pure con dispendio o disagio, procurarsi un'uscita sulla via pubblica senza molestare i suoi vicini sono abbastanza rari; perchè converrebbe allora supporre che il fondo stesso fosse adiacente alla via pubblica. Il caso più frequente invece è che si tratti di un fondo intercluso, vale a dire intercettato da fondi altrui; tanto è vero che con questa ipotesi comincia il testo dell'art. 593, quantunque l'espressione *nè può procurarsela* (l'uscita) *senza eccessivo dispendio o disagio* (contrapposta alla conclusione *ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini*) lasci supporre che o invece l'interclusione del fondo non esista o non esista

Digitized by Google

completamente. Ora nel caso di fondo intercluso, e cioè nel caso normale, il perito constatata in via di fatto l'interclusione e quindi la necessità di un passaggio attraverso ai fondi vicini, passerà ad esaminare le diverse soluzioni per tradurre in atto il passaggio legale attraverso ai fondi vicini nel rapporto complesso del dispendio o disagio del fondo che deve esercitare il passaggio, e del danno e lunghezza del percorso attraverso al fondo o fondi su cui il passaggio può gravare: quanto al danno, al dispendio e al disagio tenendo conto di quei dati in rapporto alla produttività e alla estensione dell'uno o dell'altro fondo, secondochè all'uno o all'altro si riferiscono i dati patrimoniali od economici di cui si tiene conto. Ma, in fondo, si potrà dire che qui si tratti di un giudizio di sola opportunità, dal momento che vi contribuisce, e non indifferentemente, l'applicazione della legge del minimo mezzo? Non sembra: il legislatore oscilla tra la necessità e l'opportunità, tra la necessità astratta e la necessità concreta, tra l'opportunità disciplinabile con disposizioni espresse e l'opportunità rilasciata all'apprezzamento dei vari casi pratici, caso per caso. Ad ogni modo, non solo il legislatore stesso non ci dà le istruzioni necessarie per risolvere i dubbi di criterio, i dubbi principali, ma neppure ci mette in condizioni di coerenza e di certezza di fronte a quel requisito sostanziale della necessità che fornisce l'aggettivo al passo legale ossia al passo forzato per ragioni di vicinanza. Non diciamo già con questo che egli violi le regole generali, ma per verità non ce ne dimostra l'applicazione o l'adattamento al caso singolo: perlochè noi, tra un dubbio e l'altro e pur escludendo quell'arbitrio del giudice, che, come si disse, non è espressamente ammesso dal testo del Codice, per essere più sicuri, ci atteniamo così nell'applicazione dell'articolo 593 come in quella del 592 alla legge del minimo mezzo ed ai metodi pratici che a questa legge fanno capo. Se qualche cosa si deve sacrificare alla destinazione dell'uno o dell'altro fondo, perchè si attui la comunicazione di essi con la via pubblica, è dunque ben naturale che questo sacrifizio sia addossato piuttosto al proprietario del fondo per cui si chiede il passaggio che non al proprietario del fondo attraverso al quale il pas-

Digitized by Google

saggio stesso dovrebbe attuarsi; altrimenti i principî generali relativi alle servitù resterebbero sconvolti o invertiti.

Del resto, non si può negare che la figura prospettata dall'art. 593 sia sostanzialmente diversa da quella dell'articolo 592, se non altro perchè il passaggio di cui si tratta nel primo di questi articoli è relativo ad una condizione di fatto, ad una causa permanente che rasenta non solo ma entra nella perpetuità della causa che si richiede per le servitù prediali; mentre la figura prospettata dall'art. 592 risponde ad esigenze passeggiere non destinate ad aver seguito dopo costruito o riparato il muro o l'edifizio di cui si tratta. Se mai si potesse ammettere il concetto, discretamente errato, che questi oneri reali costituiscano delle servitù, la classificazione o denominazione di servitù potrebbe molto meglio appropriarsi a questa seconda ipotesi anzichè alla prima. Nel capo dell'art. 593 poi, e non indarno, si fa richiamo all'interesse pubblico del commercio che scaturisce e zampilla quasi dalla coltivazione dei fondi e dalla necessità di dare ai prodotti relativi una via d'uscita sul mercato, secondo gli affari e la destinazione del proprietario: l'interesse pubblico richiede che passaggio o transito anche a veicoli si dia, ma non richiede che si dia in un modo o in altro, con uno od altro percorso; e qui appunto cade la parte più delicata dell'istituto di cui si tratta e che resta completamente nell'orbita del diritto privato e del Codice civile. Che se i Romani non si sono troppo curati di determinare un passaggio necessario e un dovere giuridico di prestarlo e un diritto di richiederlo in certe circostanze, ciò si deve sopratutto alla circostanza che i fondi romani sin dalla loro origine erano sistemati coi passaggi dell'uno sull'altro quasi simmetricamente e ad ogni modo in coordinazione colla rete delle vie pubbliche o delle vie comuni, e che la giurisprudenza romana non era punto propensa alle limitazioni o alle regolamentazioni legali del diritto di proprietà, mentre non aveva difficoltà per le limitazioni convenzionali tra vicini. L'esercizio del diritto di passaggio però risponde a condizioni materiali che ne formano quasi il sostrato. Prima condizione è la necessità che procede dalla interclusione: ma non occorre impressionarsi *de eo quod*

Digitized by Google

plerumque fit, ossia dell'interclusione materiale effettiva di un fondo che è circondato da fondi altrui, per escludere l'applicazione del passaggio anche quando l'interclusione non è completa.

Fu bene osservato perciò che se il fondo il cui proprietario chiede il passaggio, da una parte ha un profondo burrone, un precipizio attraverso il quale sarebbe vano o pericoloso o dispendiosissimo gettare un ponte per recarsi al tratto della via pubblica che trovasi oltre quel precipizio o burrone, non sarebbe nè umano nè pratico nè civile trar profitto dalla incompleta interclusione per salvare i fondi di confine, che sono dalle altre parti, dall'onere, certamente poco gradevole ma altrettanto però necessario, di una conveniente servitù di passaggio. Certo è che, completa o no l'interclusione, l'accesso alla via pubblica in questa ipotesi non può attuarsi se non col passaggio attraverso al territorio dei vicini: e questo è interessante, perchè la necessità non può mettersi in dubbio nè ritenersi diminuita o tolta di mezzo. Lo stesso dicasi qualora l'impossibilità di procurarsi altrimenti lo sbocco sulla via pubblica sia di natura giuridica nè manchi interclusione di fondi: ciò accade quando uno dei confinanti è lo Stato od altro ente minore di ragion pubblica e quando egli non usi *iure privatorum* ma *publico iure* dello spazio che potrebbe servire all'esercizio del passaggio. Ognun vede che qui non si tratta del demanio patrimoniale dello Stato o degli enti statuali, ma bensì del demanio pubblico che da essi è amministrato per ragioni di pubblico servigio. Per esempio, se al confine del fondo che ha bisogno dello sbocco nella via pubblica si trovi per una parte o per una zona un territorio destinato a scopo di fortificazioni e poichè lo scopo e il regolamento della difesa nazionale, che è di *gius pubblico,* non ammettono che per quel terreno possa aver passaggio un privato neppur con la sua persona e molto meno con carichi o traini di derrate da portare al mercato o da consegnare per l'esportazione alla più prossima stazione ferroviaria; in tal caso conviene che il progetto di sbocco si riversi tutto sugli altri confinanti, come se non esistesse affatto il confine col terreno di demanio e di servizio pubblico.

Digitized by Google

Se a qualche confine vi sono boschi che convenisse tagliare (o, come si dice con termine moderno, applicato piuttosto all'edilizia, sventrare) per dare adito al passaggio, di regola generale sembra che questa non sia nè la forma più agevole nè la più conveniente per adempiere i voti del legislatore in applicazione del principio del minimo mezzo: e però ragion vuole che si vada piuttosto a recar molestia a quei vicini o a quel vicino dove non è la boscaglia, specialmente quando questa boscaglia non è allo stato selvaggio o abbandonata, ma risponde a disegni di coltivazione e di destinazione del padre di famiglia che n'è proprietario ed è anche proprietario del suolo attraverso al quale potrebbe concedersi od esercitarsi il transito. Se la boscaglia è da tutte le parti, allora evidentemente si sceglierà la parte dove la boscaglia stessa è meno spessa e quella parte che è più vicina ai sentieri o alle vie già praticate internamente per servizio della coltivazione della boscaglia stessa. Così, se si potrebbe evitare il passaggio procurandosi uno sbocco attraverso un fiume navigabile, sopraggiunge la considerazione del dispendio e un po' anche quella della sicurezza per ammettere che si preferisca il ricorso al passaggio necessario attraverso ai fondi vicini nei quali non entra affatto l'elemento infido e attraverso ai quali non vi è d'uopo di mezzi speciali e costosi di trasporto, potendo essere attraversati da carri, buoi, giumenti, cavalli, vale a dire coi mezzi usuali per il trasporto dei prodotti agricoli e delle persone in campagna. Tuttociò dipende unicamente e semplicemente dalla situazione dei luoghi; e cioè da un elemento di fatto che nel primo paragrafo di questa stessa sezione del capo secondo il legislatore medesimo ha assunto come denominazione di una classe intiera di servitù e che molto più quindi può esercitare la sua efficacia e manifestare la sua importanza quando si tratta di determinare la necessità concreta di una data specie di passaggio attraverso al fondo altrui, inquantochè essa è tutt'altro che estranea all'economia del nostro sistema legislativo. E le condizioni di fatto resistono di fronte ad ogni atto, fatto o contegno che parta dal proprietario del fondo che ha ragione di chiedere il passaggio. Se, a mo' d'esempio, questo proprietario rinunziasse, graziosamente o mediante

Digitized by Google

corrispettivo, a dar molestia ora e per l'avvenire ad uno dei suoi vicini per avere il passaggio necessario, non per questo un tal vicino sarebbe esonerato dal diritto di passaggio, quando gli altri vicini dimostrassero con dati di fatto che un passaggio attraverso alle proprietà loro non sarebbe nè il più conveniente nè il più economico per il fondo che chiude lo sbocco nella via pubblica. Perciocchè non solo non è riconosciuta, nei rapporti coi terzi, una transazione fatta con danno degli interessi di terzi stessi, nè può avere efficacia nè diretta nè indiretta contro di essi o nei loro rapporti; ma anche la materia del passo necessario legale, in quanto scaturisce *ex facto* dai rapporti di vicinanza, non è suscettibile di transazione ma di regolamento colla ventilazione dei varî rapporti di confine sotto il punto di vista della convenienza di avere lo sbocco attraverso l'uno o l'altro dei confini stessi. La validità di una transazione siffatta potrebbe includere danno di terzi, ad ogni modo rappresenta sempre di fronte ad essi una *res inter alios acta* e però un elemento privo di qualsiasi efficacia: ad un vincolo convenzionale si può rinunziare, ma non può rinunziarsi ad un vincolo legale perchè non può cambiarsi la situazione dei luoghi vicini; se pure non si trova una combinazione tale d'interessi col vicino, che pensi questi a smaltire i prodotti del fondo rimasto intercluso e a fornire il personale per la coltivazione del fondo stesso. La qual cosa, per lo meno in pratica, è di attuazione così difficile, che rasenta quasi l'impossibile.

Oltre a questi casi in cui le condizioni materiali richiedono od escludono il passaggio, vi sono altri casi nei quali le condizioni giuridiche speciali escludono l'attuazione del passaggio necessario. Per esempio, allorchè il passaggio si può ottenere mediante una domanda fondata su di un rapporto personale, è logico che si stia a questo rapporto e a questo passaggio piuttostochè ricorrere all'attuazione del passaggio legale necessario all'infuori di ogni obbligazione personale e come puro vincolo reale da fondo a fondo. Se è legato l'usufrutto di un fondo che sia circondato da vari fondi, uno dei quali appartenga all'erede, il passaggio si ritiene implicitamente legato coll'usufrutto sul fondo ereditario, come ritenne ULPIANO stesso in l. 1, § 1, Dig. 7, 6: *ususfructus*

Digitized by Google

legatus adminiculis eget, sine quibus usufrui non potest; et ideo si ususfructus legetur, necesse est tamen ut sequatur eum aditus, usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, ne heres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adiectum videntur; item, si usufructu legato iter ademtus sit, inutilis est ademtio quia semper sequitur usumfructum. Del resto, il diritto è reciproco, poichè lo stesso usufruttuario è tenuto di dare all'erede il passaggio attraverso al fondo da lui usufruito, qualora risulti che questo transito corrisponda alla originaria destinazione coordinata su questi fondi da un unico proprietario, massime quando i fondi stessi in origine non avessero costituito che un fondo solo per destinazione del padre di famiglia medesimo il quale vi aveva sistemato una rete di strade, di stradicciuole, di accessi; e questo anche se il legato del fondo onerato fosse stato fatto a favore di un terzo, poichè questa divisione di un patrimonio prima accentrato deve lasciare intatti come rapporti di vicinanza quelli che prima non erano che diritti inerenti all'esercizio della proprietà. Così quando più coeredi si dividono tra loro un patrimonio originariamente unito, le varie parti continuano ad avere tra loro quel nesso che prima serbavano nell'unità patrimoniale presso il *de cuius:* e, di regola generale, allorchè si ha diritto al passaggio per ragione ereditaria, come per ragion contrattuale vigente, non vi è alcun diritto a molestare gli altri vicini intercludenti con richieste di sbocco; essendo questo, bene o male, già in vigore e non potendo presumersi che l'utente del passaggio sia ricorso ad un contratto meno favorevole, allorchè aveva a sua disposizione una facoltà più favorevole grazie alla legge. Vi sono anche altre combinazioni, nelle quali la servitù di passaggio è dovuta alla situazione dei luoghi ed ha rapporto colle alienazioni dei fondi le quali da un momento all'altro possono cangiare la situazione di fatto delle proprietà in una data zona territoriale. Se, a mo' d'esempio, siasi alienato un fondo o parte di fondo confinante colla via pubblica, il proprietario dell'altro fondo o parte di fondo adiacente a questo alienato ha bisogno del passaggio a carico del suo acquirente. Ma questo passaggio lo avrà per destinazione del padre di famiglia e a causa di divisione del fondo originario oppure

Digitized by Google

per applicazione dell'art. 593 Cod. civ.? La destinazione del padre di famiglia produce, è vero, i suoi effetti nel caso di divisione di un fondo originario, perchè una parte se ne trattenga e un'altra se ne venda; ma la situazione dei luoghi importa cambiamenti nel sistema della viabilità privata non tanto perchè muti la conformazione dei luoghi stessi (il che avviene con la massima lentezza o forse soltanto a causa di cataclismi straordinari e inaspettati), quanto piuttosto perchè muta lo stato giuridico delle proprietà in quei luoghi stessi e in quella zona. Or dunque, se si dovesse aver sempre ed unicamente riguardo all'elemento naturale, si dovrebbe pur tener conto del corrispondente stato giuridico nei suoi successivi cambiamenti; e se si guarda ai cambiamenti dello stato giuridico per destinazione del fondo a scopo di coltivazione o di sfruttamento, perchè non dovrebbe tenersi conto dei cambiamenti dello stato stesso che si debbono alla destinazione del padre di famiglia, in quanto questi per atto tra vivi o *mortis causa* scinda in due proprietà una proprietà originariamente unica? Non si tratta forse di destinazione del padre di famiglia in questo caso come negli altri? La situazione o struttura dei luoghi, fisicamente parlando, è su per giù sempre quella: epperciò, quante volte si chiede un cambiamento nello stato della viabilità anche per l'art. 593 Cod. civ., lo si chiede sempre perchè vi è un cambiamento nella posizione patrimoniale giuridica di quella zona e perchè a questo cambiamento di stato giuridico deve necessariamente corrispondere un cambiamento nello stato di fatto. È dunque del tutto senza senso porre il quesito come se l'applicazione dell'art. 593 Cod. civ. cozzi coll'attuazione della servitù di passaggio solo per destinazione del padre di famiglia e quale traccia di una precedente riunione di fondi ora divisi e quale trasformazione in uso *iure servitutis* di quell'uso di una data viabilità che in antecedenza doveva ascriversi semplicemente allo *ius proprietatis*. Che se per effetto della divisione del fondo originario interviene una nuova destinazione agricola delle sue parti come risultano da una tale divisione, in tal caso non è punto la divisione che influisce sulla nuova destinazione e il padre di famiglia attuale non ha nulla che fare col padre di famiglia precedente.

Digitized by Google

Del passaggio è necessario tener conto anche sotto il punto di vista della sua forma; dal momento che la nostra legislazione non distingue tra *iter*, *actus* e *via*, ma amalgama tutte queste forme in una figura unica. L'art. 593 Cod. civ., richiamandosi espressamente alla coltivazione e al conveniente uso del fondo dominante, non si preoccupa se la coltivazione o l'uso siano cambiati o stiano per cambiare, ma tien conto unicamente della coltivazione e del conveniente uso attuale, al momento in cui si chiede il passaggio stesso. Non ci si deve preoccupare punto di quello che sarà o potrà essere; se pure l'elemento convenzionale tra le parti, non sottentrando all'elemento necessario fissato dalla legge, ma bensì ampliandolo, non stabilisca una larghezza ed eventualmente anche una lunghezza di transito maggiore quanto alla larghezza e diversa quanto alla lunghezza, in confronto di ciò che occorrerebbe per adempiere semplicemente alle disposizioni del Codice. In tal caso la servitù (chiamiamola ormai con questo nome) presenta due lati: l'uno legale o necessario, che deriva dalle disposizioni della legge; l'altro volontario o libero, che deriva dalla contrattazione delle parti. E, costituita la servitù regolarmente, l'esercizio di essa non offre alcuna particolarità degna di nota, neppure quando essa è un puro vincolo legale derivante dalla vicinanza piuttostochè un vincolo contrattuale voluto direttamente dalle parti. Il luogo destinato al passaggio per ragioni di servitù può essere contemporaneamente destinato a passaggio per l'esercizio del diritto di proprietà; dappoichè il diritto di servitù rimane sempre un diritto frazionario che non pregiudica il contemporaneo esercizio del diritto pieno di proprietà, semprechè questo esercizio avvenga senza peccato palese di emulazione. Se si praticano delle porte o delle chiusure per conto del proprietario sul percorso del passaggio necessario, conviene naturalmente dare al proprietario del fondo dominante i mezzi per eliminare temporaneamente simili ostacoli allo scopo di esercitare senza difficoltà nè intoppi il suo diritto di passaggio: ma non vi è alcun obbligo di far copia, ad altre persone o ad altri fondi, del passaggio stesso.

In ordine alla prescrizione acquisitiva della servitù legale di passaggio ed alla prescrizione estintiva della servitù

Digitized by Google

stessa per l'uso o non uso trentennale, noi ci permettiamo anzitutto di presentare una considerazione pregiudiziale sul modo di porre la questione. L'efficacia della legge come creativa del rapporto giuridico di passo necessario, che dicesi di servitù, ma non è se non una mera manifestazione del rapporto di vicinanza, è immanente e non ha limitazione di tempo: essa opera del continuo e con pari intensità potenziale ovunque, a prescindere dall'opera dell'uomo diretta immediatamente all'esercizio di essa. E perciò la considerazione del tempo è del tutto secondaria nell'acquisto o nella perdita della servitù; poichè conviene considerare la posizione vicinale dei fondi nel dato momento in cui si tratta di vedere se la servitù è dovuta o no per virtù di legge. Per tacere dunque anche della circostanza che si tratta di servitù discontinue e quindi non suscettibili di prescrizione perchè non si saprebbe da quale istante far decorrere la prescrittibilità di un esercizio non continuo, è evidente che, se perciò si perdesse per non uso l'esercizio del diritto reale di cui si tratta, tosto si riacquisterebbe per virtù di legge *ex integro* come se mai fino allora non si fosse esercitato. Così anche se quel diritto di passaggio si fosse esercitato per trenta anni, col cessare ad un momento le condizioni di fatto che ne rendevano opportuno l'esercizio, a nulla varrebbe questa lunga osservanza per usurpare una facoltà che venne dalla legge ma che ora la legge più non accorda. E difatti questo diritto viene dalla legge di momento in momento; talchè la sua immanenza o continuazione non è che un mero effetto di *res sic stantes*, ossia della permanenza della condizione di fatto anteriore.

Dunque è assolutamente inesatto parlare qui di prescrizione acquisitiva od estintiva del diritto di passaggio; nè vale il dire che la legge sia o possa esser considerata come un titolo di acquisto, di fronte alla usucapione; perchè prima di tutto il vero titolo è il contrattuale, e poi perchè non si tratta d'una vera e propria servitù nel giusto significato della parola. Di una prescrizione acquisitiva ed estintiva soltanto si potrà parlare: della prescrizione cioè del *modus* o modalità della servitù, comprendendo nel *modus* altresì l'ampiezza del passaggio, anzi sopratutto sotto questo punto

Digitized by Google

di vista. In tal caso non si dirà prescritto, se mai, il *modus* della servitù; ma semplicemente il *modus* del passaggio, considerato esso sotto il punto di vista obbiettivo e senza qualificazione della natura del diritto che vi corrisponde. Se questo *modus* fosse il *modus* legale, esso s'incorporerebbe nell'esercizio della servitù come per legge; ma, poichè si tratta invece di un *modus* ultralegale, ossia che aggiunge qualche cosa di più all'esercizio della servitù secondo la legge, è questo qualche cosa di più, che, se non vi sono ostacoli di altra specie, è prescrittibile come se, invece che dall'annuenza tacita o dalla mancata protesta dell'altra parte, dovesse arguirsi un titolo affine al contrattuale e di eguale efficacia. Ma il difetto di un titolo speciale pel *modus* osterà alla prescrittibilità del *modus* stesso, per applicazione del disposto dall'art. 630 Cod. civ.? Non esageriamo la portata letterale di questo articolo. Esso anzitutto si riferisce alla servitù, in quanto questa si ritenga o no costituita, possa o no costituirsi; in secondo luogo parla dello stabilimento della servitù ossia di quel momento giuridico che serve di passaggio tra lo stato di libertà e quello di servitù, non tra una modalità e l'altra dell'esercizio di una stessa ed unica servitù. Ormai la cosiddetta servitù di passaggio è stabilita; si tratta solo di vedere come deve e può esercitarsi, e questo attiene soltanto alle modalità di essa o può risultare anche dal consenso implicito tra le parti, salvo quel *minimum* legale (se vi è) dal quale non può prescindersi, come non si può prescindere dalla legge per animare la servitù di passaggio ossia per darle esistenza. S'intende che, se ad un dato momento la legge non assiste nè autorizza più la prosecuzione della servitù o del rapporto vicinale di passaggio, cade il *modus*, a qualsiasi specie appartenga e comunque possa essere più ampio del *minimum* legale, qualunque sia la misura e la latitudine sua; poichè sarebbe assurdo che la modalità di una servitù continuasse per prescrizione, allorchè la servitù stessa fosse caduta per virtù di quella legge che le dette vita.

Ma ciò non toglie che non si tratti di solo possesso immemorabile per mantenere in vita una servitù che ebbe origine dalla legge; e che anzi si tratti di un titolo con-

Digitized by Google

venzionale tacito innestato ad una causa originale che proviene dalla legge e in questa causa stessa corroborato come ogni mezzo si corrobora nel fine. D'altro canto siamo in tema di perfetta reciprocità: se per legge, cambiando le condizioni di fatto e di diritto, il passaggio per vicinanza può da un istante all'altro venir meno; è giustizia che si costituisca e viga e funzioni una modalità del passaggio stesso finchè dura il diritto di passaggio perchè un'osservanza trentennale abbia ormai sancito tra le parti questa determinata forma d'uso, pur senza danneggiare il concetto della discontinuità del diritto stesso e senza venir meno ad una regola che non riguarda punto la parte sostanziale del diritto, ma solo ha tratto alle accidentalità di esso. Confessiamo che a prima vista questa risoluzione ci fa l'effetto d'una posizione contraddittoria tra la servitù e il suo esercizio; ma, a ben riflettere, le nozioni giuridiche più semplici, più ovvie ci tranquilizzano e ci traggono d'imbarazzo a meraviglia, dandoci la chiave di una distinzione per la quale non possiamo avere difficoltà sensibili, se per poco ci induciamo a contrapporre quel che nella modalità di esercizio vi ha di supererogatorio sul *minimum* del contenuto della servitù legale e che non intacca nè l'essenza della servitù nè l'estensione minima e necessaria del suo esercizio.

Si è già detto che i fondi di demanio pubblico, perchè ed in quanto destinati ad un pubblico servizio che lo vieterebbe, non possono essere sottoposti al passaggio legale, e perciò non entrano in considerazione, per lo scioglimento del fondo interno dall'interclusione che lo colpisce. Evidentemente, se non si può far conto su di essi per progettare un passaggio a benefizio del fondo intercluso, non si può nemmeno colpirli del passaggio; anche se questo passaggio attraverso altri fondi sia per essere meno agevole o più dispendioso. Le ragioni del diritto pubblico sono imprescindibili e non rispettano interesse privato nè sono influenzate o modificate dalle leggi di diritto privato, anche se assorgenti all'importanza unificatrice di un codice. Ma, se non si potrà attraverso il demanio pubblico, sul suolo, ottenere il passaggio legale, potrà questo ottenersi sul sottosuolo e per via sotterranea, sempre senza pregiudizio del pubblico

Digitized by Google

servizio? Per vero, la legge non contempla questa circostanza o soluzione come normale; ma tuttavia l'opportunità pratica può verificarsi, massimamente poi per transitare da una cava o miniera ad altra cava o miniera. In quest'ultima ipotesi peraltro, cioè trattandosi di transitare da una cava o miniera ad altra cava o miniera, sarà il caso di ricorrere ad un rapporto convenzionale; poichè l'art. 593 evidentemente è inteso a procurare un'uscita sulla via pubblica e non su di un altro fondo perchè il passaggio termini lì e sia limitato al servizio dei rapporti tra fondo e fondo. Quì non si tratta di raccordare la viabilità privata con la viabilità pubblica, ma piuttosto di provvedere agli interessi economici e industriali di uno dei due fondi e forse anche di tutti e due. Non siamo dunque nei termini del rapporto legale e ogni interpretazione estensiva, a questo riguardo, dell'art. 593 non sarebbe che un vero abuso da riprovarsi. Piuttosto è a considerarsi l'ipotesi di uno sbocco sotterraneo sulla via pubblica, qualora questo sbocco sia necessario e sia più conveniente, secondo i calcoli della legge, di un passaggio per altri fondi alla superficie dei fondi stessi: e ciò tenuto anche conto della speciale destinazione del fondo designato all'esercizio del diritto di passaggio; destinazione che può essere a miniera o a cava.

Evidentemente, lo spirito dei tempi moderni è tale e gli orizzonti delle industrie sono così allargati, che in un codice contemporaneo la omissione della menzione espressa per le vie sotterranee potrebbe anche impressionare; ma trattandosi di un codice entrato in vigore da ormai un quarantennio a questa parte, ogni scrupolo o preoccupazione sotto questo punto di vista sarebbe infondata. E però, traendo profitto da ciò che la legge non fa alcuna distinzione tra passaggio superficiale e passaggio sotterraneo, si può venire con sicurezza alla conclusione che sia ammesso il passaggio necessario anche sotto la terra; e che la possibilità di un tale passaggio possa entrare nel calcolo per la liberazione di un fondo interno dalla sua interclusione tra gli altri fondi che gli fanno corona. Sarà un caso su mille e perciò la legge che si occupa *de eo quod plerumque fit* probabilmente, anche se emanata oggi, non farebbe male a non tenerne

Digitized by Google

calcolo: vuol dire che, in ogni caso l'interprete, messo sul punto di applicare o no la disposizione dell'art. 593 ad un passaggio sotterraneo, non farà che applicare i principî generali economici secondo la legge del minimo mezzo, pur senza trascurare il grado di necessità concreta che incombe al fondo intercluso per procurarsi da una o da altra parte l'uscita sulla via pubblica. Questo passaggio sotterraneo, tra le altre, potrebbe anche essere la conseguenza della sopravvenuta inviolabilità di un fondo intercludente, sul quale fino a quel momento si fosse esercitato per legge il diritto del passaggio medesimo. Se il fondo, sul quale fino ad un dato istante, per la sua natura di fondo privato e per la destinazione sua a coltivazione o ad uso normale, poteva benissimo ammettere il passaggio legale, diviene di demanio pubblico ed è adibito ad un pubblico servigio, evidentemente esso sin da quel momento cessa di prestare il passaggio per dare uno sbocco sulla via pubblica al fondo intercluso. E allora, dovendosi attraversare taluno dei fondi vicini, per la natura scoscesa dei luoghi o per altra ragione topografica o di convenienza industriale, può sembrare opportuno al proprietario del fondo dominante di procurarsi uno sbocco verso la via pubblica attraverso uno o più altri fondi, per la via sotterranea; come se il fondo intercluso avesse una cava e fosse situato molto in alto sul livello d'una via pubblica situata nella valle sottoposta. In tal caso non sarebbe punto indegna di considerazione la richiesta di applicare l'art. 593 mediante l'esercizio di un passaggio sotterraneo.

43. L'onere reale del passaggio cagiona senza dubbio un danno per il fondo sul quale il passaggio stesso si esercita. L'art. 594 Cod. civ. provvede pertanto a compensare quest'onere mediante una indennità proporzionata al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio. Fu giustamente osservato che questa indennità non rappresenta già il prezzo della servitù: perchè, per acquistare una servitù di questa specie, converrebbe valutarne il prezzo sopra altri elementi diversi dal semplice danno risentito nel fondo serviente; e nella valutazione del prezzo non è escluso che si possano comprendere anche considerazioni affettive e disegni di future tras-

Digitized by Google

formazioni attraversati e destinazioni sconvolte. Tutte queste circostanze e mezzi di valutazione possono entrare in campo quante volte si tratti di un rapporto convenzionale; ma, se si tratta di un rapporto necessario, non si può più ricorrere, per così dire, ad una tariffa di prezzo come si potrebbe fare in una vendita volontaria. E neppure è il caso di chiamare in vigore i principî che vigono per la vendita o espropriazione forzata per causa di utilità pubblica: poichè qui ad ogni modo si tratta di utilità privata e il confronto non regge, non essendo ammissibile un argomento di analogia tra due causali tanto diverse tra di loro. Ma guardiamo bene la differenza che potrebbe esservi tra un rapporto di passaggio convenzionale e un rapporto di passaggio necessario. Nel rapporto convenzionale il proprietario del fondo serviente può pretendere della servitù quel prezzo che meglio crede: non v'ha potere di giudice, discrezione di conciliatore, autorità di arbitro che possa influirvi all'infuori della sua volontà; semprechè si tratti di determinare questa pretesa al momento della costituzione e non più tardi dopo aver progredito nell'osservanza del rapporto giuridico. Trattandosi di una valutazione che riguardi il corrispettivo di un fatto compiuto, nel caso che le parti non siano d'accordo, sopravviene naturalmente l'opera e l'arbitrio del giudice: ma è difficilissimo il caso che nell'atto della costituzione di un tal rapporto oneroso, appunto perchè esso è oneroso, non si pensi di determinarne con precisione di dettagli l'onere che ne costituisca il corrispettivo pecuniario.

In tale caso il calcolo del giudice dev'essere completo e non parziale: egli, interpretando la volontà dei contraenti, quale avrebbe potuto essere all'istante della costituzione del rapporto giuridico e non quale è posteriormente per le esagerate pretese da una parte e per i corrispondenti dinieghi dall'altra, evidentemente deve tener conto e del diminuito valore della piena proprietà sul fondo a causa del diritto frazionario che viene ad affettarlo e del danno che il proprietario deve patire per l'esercizio della servitù e del vantaggio che l'altro fondo ne risente e delle conseguenze del vincolo in rispetto alla libera disponibilità del fondo e delle sue pertinenze e alla libera coltivazione del fondo stesso. Non si deve trascu-

Digitized by Google

rare neppure la giusta affezione che il proprietario del fondo serviente naturalmente ripone nell'avere il fondo libero e immune da ogni peso o gravame che possa menomarne la disponibilità o l'utilità; se questo sentimento è umano e ha la sua influenza così nella formazione come nella dissoluzione dei patrimoni, non può non tenerne conto il diritto, il quale anzi per suo istituto deve partire soprattutto e principalmente dai dati di fatto per risalire da questi alla sistemazione giuridica di tutto quanto il rapporto di cui si tratta.

La valutazione senza dubbio non potrà essere così esatta come potrebbe essere una valutazione diretta a stabilire il prezzo per lo esproprio di un fondo o di parte di un fondo: perchè non solo il diritto frazionario lascia sussistere integro per tutte le altre parti il diritto di proprietà nella pienezza del suo esercizio, ma anche perchè trattandosi di una servitù discontinua essa ammette il contemporaneo esercizio del diritto di proprietà per un contenuto identico a quello del diritto frazionario che vi corrisponde. Questa contemporaneità, che può avere e può non avere un esplicito regolamento, è però sempre tale da ammettere la prevalenza del diritto del proprietario del fondo serviente su analogo diritto esercitato anche contemporaneamente dal proprietario del fondo dominante; il quale ultimo, per quanto molestato dall'intervento di estranei, tuttavia rimane sempre investito della pienezza del diritto e tanto più ricava da quella facoltà parziale, in quanto essa è coordinata col complesso delle altre facoltà che insieme formano il diritto pieno. Ma, evidentemente un ostacolo all'esercizio esclusivo di questa facoltà influisce pure indirettamente sull'esclusività dell'esercizio delle altre facoltà che non sono comprese nel diritto frazionario di cui si tratta: e però anche in ordine a quelle altre facoltà, che direttamente non sono limitate nel loro contenuto, l'influenza dell'onere di passaggio si fa palese; ma purtroppo una tale influenza non fornisce elementi di calcolo, neppure approssimativo. È una sfumatura che può divenire ombra fitta a seconda delle circostanze di tempo e di luogo e a seconda della considerazione delle persone; che, oggi insignificante o poco meno, domani può presentare un significato decisivo e una influenza enorme in tutto quanto il campo della destinazione del fondo,

Digitized by Google

e per conseguenza anche nel valore di questo fondo stesso e nella differenza di valore tra la sua piena libertà e il suo stato posteriore di subìto vincolo reale. In altre circostanze invece un onere di passaggio, se pure ha relazione diretta col fondo nel quale si esercita nella zona esposta all'esercizio della servitù stessa più propriamente, non ha alcuna influenza nelle altre zone, oppure vi esercita una influenza quasi completamente trascurabile: il che accade, p. es., allorchè il passaggio si esercita su di una via interna larga e comoda (come potrebbe esserlo una carraia) e munita da una parte e dall'altra di siepi o di piccoli muri o di staccionate fitte e solide, talchè non già di un campo solo ma di due campi diversi sembri trovarsi in presenza.

Ebbene: regole generali non se ne possono dare e conviene in tali casi conceder molto al giusto criterio di chi deve dirimere la controversia tra le parti ed anche all'opera ausiliatrice del perito al quale spetterà di far presenti tutte le circostanze speciali per trarne le conseguenze che sono del caso. Che se dal campo di una servitù o vincolo convenzionale imperfettamente stabilito, perchè non rispondente alla fissazione di un corrispettivo determinato fin dalla costituzione, noi ci trasportiamo nel campo di un vincolo legale o necessario, troviamo anche meno apprezzabile l'incomodo che per l'esercizio del passaggio su di una zona del fondo indirettamente risentono le altre zone del fondo stesso che non sono in via diretta impegnate in quel passaggio. La legge stessa impone questi oneri ai fondi, perchè essi sono connaturati con la situazione dei luoghi; e tanto meno questi oneri sembrano o debbono sembrare gravosi, inquantochè, come già si è detto, sono esercitati in condizioni di perfetta reciprocità o almeno ammettono la possibilità del ricambio allorchè si verificano le condizioni richieste per l'esercizio del passaggio. Questa sistemazione per via di ricambi e di corrispondenze non è di lieve importanza; perchè intanto accenna a qualche cosa che oltrepassa il singolo fondo colla zona determinata dai vari fondi con esso confinanti e che si spinge in una zona più vasta, la quale può anche formare tutta quanta una regione agricola e topografica, specie tenuto conto dei versanti dei monti e dei confini na-

Digitized by Google

turali di fiumi, laghi, mari. La sistemazione estesa ad una regione intiera non manca così di un certo rapporto col pubblico interesse, o per lo meno generalizza ed estende così l'interesse privato, che non si può più tener conto esclusivo di ciò che conviene ad uno solo dei confinanti, ma è d'uopo riportarsi a ciò che costituisce il fabbisogno collettivo di più confinanti stessi pel raccordo della loro speciale viabilità colla viabilità pubblica più vicina. Ma si noti bene che qui il pubblico interesse è solo imbroccato di fianco e non si può ritenere che si tratti principalmente nè direttamente di esso, come nel caso di un'espropriazione per ragione di pubblico interesse legittimamente constatato e fatto valere colla speciale procedura prescritta; sono gli interessi privati quelli che trovansi immediatamente a contatto tra di loro e che debbono sorreggersi e conciliarsi gli uni cogli altri senza pretestare interessi di Stato, quando lo Stato direttamente non ci entra o ci entra soltanto per il suo demanio patrimoniale, *iure utens privatorum*.

Or dunque, per sistemare siffatti interessi privati, conviene farsi guidare da criteri non meno laboriosi per il fatto della loro eventuale reciprocità ma non per questo completamente trascurabili allorchè trattasi di una valutazione giusta del prezzo. Vi sono inoltre alcuni oneri i quali senza l'imposizione di questo vincolo novello forse il proprietario del fondo serviente non avrebbe sopportato o per lo meno non avrebbe sopportato nella misura nella quale li sopportò; per esempio l'onere di una maggiore custodia, massime in certe epoche dell'anno in cui i prodotti del suolo o i frutti degli alberi vengono a maturazione e possono quindi di leggieri essere involati col pretesto o nell'occasione del passaggio attraverso al fondo; il servizio di chiusura e apertura dei cancelli allorchè la servitù non possa esercitarsi che a ore determinate, oppure la sorveglianza che solo a quelle ore il proprietario del fondo dominante, a ciò autorizzato, apra i cancelli delle comunicazioni, e non in ore diverse dalle stabilite. Una quantità di altri piccoli incomodi o fastidi nuovi può accompagnare quest'onere di passaggio attraverso al fondo del vicino; e naturalmente anche di questi si può e si deve tener conto nello apprezzare la mutazione

Digitized by Google

avvenuta nel fondo onerato, per virtù della legge stessa che ne consente e ne determina l'oneramento. Perciò, o che si stabilisca il depreziamento del fondo, considerato come unità nel suo intiero valore venale, da ciò che era prima dell'imposizione dell'onere a ciò che diventa dopo imposto l'onere stesso; o che si consideri la somma delle diminuzioni nelle facoltà del proprietario del fondo serviente, nel loro importo complessivo; o che si tenga conto (se e finchè è possibile) del valore aggiunto al fondo dominante grazie all'apposizione del vincolo di passaggio; in ogni caso il contenuto del vincolo stesso, avuto riguardo all'esercizio di esso e alla somma di esercizio dei poteri che contiene da una parte, e alla corrispondente sottrazione dei poteri che presenta dall'altra, viene ad essere apprezzato in forma concreta coll'esame paziente delle circostanze del fatto e coll'eliminazione di tutte le circostanze che effettivamente non esercitano influenza nel campo della servitù vicinale. Si deve, naturalmente, tener conto dell'ampiezza del sentiero o strada, non in quanto una tale ampiezza può far comodo al proprietario del fondo onerato, soprattutto, ma in quanto può e deve costituire per il fondo onerante un dato sostanziale nell'estrinsecazione dell'onere; quel che v'è in più concerne il diritto di proprietà nelle sue generiche manifestazioni e non già il rapporto di vicinanza nella sua espressione di vincolo reale. Ed anche della manutenzione della via non si deve tener conto se non in quanto una tale manutenzione è d'importanza sostanziale per l'estrinsecazione del vincolo reale.

La legge ha creduto di comprendere questo complesso di criteri svariati sotto l'espressione che l'indennità sia *proporzionata al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio.* È dunque piuttosto un sistema empirico che il Codice ci consiglia di adottare. Vi sarà un danno; si calcoli l'entità del danno e si calcoli affrontando l'esercizio del passaggio in atto sulla zona di fondo onerata. Ma, in fondo, non v'ha nulla di meno certo di questo criterio, che, per quanto empirico, resta pur sempre nel campo della genericità. Non è possibile infatti che tutte le volte nelle quali il passaggio si esercita sul fondo onerato si produca una stessa quantità di danni, invariabilmente; e neppure che, tenendo conto

Digitized by Google

dell'anno agrario nelle sue diverse rotazioni colturali, entro ciascun anno la somma dei danni sia la stessa da un anno all'altro. Nè la legge dice che si calcolino più anni, o quanti anni si debbano calcolare; e neppure dice che si abbia a calcolare un anno intiero. Con quali criteri pertanto vorremo noi capitalizzare l'appreziazione del danno riferendola alla causa perpetua del passaggio ma facendola ripercuotere come quota annuale su di una specie di canone che si presti per compenso del danno stesso, oppure mantenendola a capitale e sborsandola in una volta sola al proprietario del fondo onerato? Nel caso di capitalizzazione, se la servitù cessa e quando cessa, evidentemente intanto si deve calcolare il tempo in cui la servitù fu in vigore e sottrarne l'onere in quantitativo di rendita annuale per tutto il tempo, anni e frazioni di anni, che quel vincolo durò. Ed ora supponiamo che la servitù sia costituita originariamente per il passaggio su di un fondo incolto e che per questa od altra posizione di fatto, in origine, l'esercizio del passaggio non abbia cagionato un vero danno al fondo serviente. Se posteriormente, o perchè il fondo divenga coltivato o per altra ragione, il fondo onerato non è più immune dal danno che d'ordinario il passaggio cagiona, sorge questione non leggiera nè facile circa il quesito sul doversi o meno in questa seconda epoca prestare il danno al proprietario del fondo onerato.

Naturalmente, anzitutto mettiamo a parte l'ipotesi che per trent'anni sani siasi esercitato il passaggio senza pagare indennità di sorta o pagando un'indennità minore di quella che si dovrebbe pagare pel danno sopravvenuto. In tal caso è più esatto il dire che siasi quesito il diritto di pagare dieci (e cioè quanto fu per trent'anni praticato), e non quindici (quanto potrebbe risultare più giusto o conveniente), sempre *rebus sic stantibus;* o per contrario l'ammettere che il diritto stesso rimanga e sopravviva ai cangiamenti nello stato della cosa o della porzione della cosa, su cui va a cadere l'esercizio del diritto di passaggio? A nostro modo di vedere, è questione d'interpretare la volontà delle parti: poichè se queste vollero stabilire e praticarono un'indennità periodica con intendimento esplicito o implicito che per l'av-

Digitized by Google

venire non variasse nè in più nè in meno, s'intende che più che questione di prescrizione quì è questione di attuazione del convenuto tra le parti; se invece da una parte si corrispose e dall'altra si acquistò una tale indennità ritenendola per lo appunto quantitativamente corrispondente nello stato attuale delle cose al danno cagionato da una parte e subìto dall'altra, si comprende che non si può prescrivere se non questo apprezzamento in rapporto con quel dato stato di cose in presenza del quale la transazione degli interessi contrapposti tra le due parti fu cominciata e si proseguì a praticare.

Si comprende adunque che il cambiamento delle cose non ostacola la prescrizione dell'indennità periodica invariabile, ma la rende inutile perchè risulta più direttamente e in modo più sicuro dal titolo contrattuale: che se titolo non v'ha e proprio conviene fondarsi sulla diuturna osservanza delle parti, allora non si favorisce l'attuazione di quella prescrizione se non quando e nell'ipotesi che questa indennità dal complesso risulti essersi voluta invariabilmente fissare, e precisamente da un complesso di cose in cui l'osservanza stessa non abbia che vedere e possa interpretarsi anche in corrispondenza al mantenimento dello stato di cose iniziale, protrattosi per tutti i trenta anni della prescrizione stessa. Non vale il dire che, fissata una volta la posizione rispettiva delle parti in ciò che concerne l'indennità, non possa dipendere dal proprietario del fondo serviente il cambiarla: quest'argomento è più specioso che vero. Le parti, allorchè fissano tra loro un rapporto di servitù e più specialmente di passaggio, anche in ordine all'indennità da corrispondersi dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo serviente, naturalmente non possono partire che dallo stato di fatto attuale al momento in cui l'onere del passaggio comincia ad attuarsi: i contraenti non possono spingere gli occhi propri dinanzi e quindi guardare all'avvenire. Nè lo potrebbero esattamente o con appropriazione decente di risultati e con richiesta od offerta onesta di compensi. D'altra parte molte sono le evenienze, anche di sovvertimenti naturali del suolo, che da un istante all'altro possono rendere maggiore la difficoltà del passaggio, od anche inutile il pas-

Digitized by Google

saggio sino allora esercitato, se nella zona attraversata, anche per comodo del proprietario nell'esercizio del costui diritto di proprietà mediante il passaggio, non si effettuano riparazioni o risarcimenti o adattamenti del suolo. Ma in favore della prescrizione acquisitiva del non pagamento dell'indennità si ribatte coll'inutile balocco o spauracchio dell'articolo 597, nel quale si legge che l'azione per l'indennità proporzionata al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio è soggetta a prescrizione, mentre sussiste il diritto a continuare il passaggio, quantunque l'azione per la indennità (che pure l'art. 594 precettivamente dichiara *sempre* dovuta) non sia più ammissibile. Nulla v'ha di più vano di questa disposizione, per il modo semplicissimo col quale la si può eludere, cambiando le condizioni di fatto della zona del fondo sulla quale la servitù è prestata. Si fanno nuove opere di consolidamento, si fa una manutenzione più accurata; e tuttociò *iure proprietatis* e senza timore di censure da parte del fondo dominante, che vede anzi migliorate le condizioni del suo transito. Se allora viene fuori il proprietario del fondo onerato e dice: sta bene che a mio danno è prescritto il diritto all'indennità pei danni sulla servitù com'era fino ad ora esercitata e per i dispendi che fino ad ora mi procurava; ma oggi si sono aumentate, anzi ho aumentate le spese per questo sentiero, via, carraia che sia, e quindi intendo avere la mia indennità. L'altro replicherà: commisuriamo la indennità al nuovo danno che risentite per le nuove spese che venite sostenendo e non la estendiamo al danno che risentivate fin dapprincipio per le spese antiche, per le spese solite.

Ma come si farà a scindere queste spese o piuttosto a considerare una spesa sola sotto questi due diversi aspetti, allorchè l'opera è fatta sullo stesso terreno, in un tempo unico, e forse non si può distinguere se non per ragioni di gradi o d'intensità di lavoro e di quantità di denaro? E così verremo in campo non solo coll'*onus reficiendi* per le deteriorazioni cagionate per il diuturno, ultratrentennale, uso; ma anche coll'*onus* di manutenzione ordinaria: oneri entrambi questi che non sono già a carico del proprietario del fondo serviente come lo è l'*onus reficiendae parietis*, e

Digitized by Google

che quindi devono addossarsi al proprietario del fondo dominante; il quale, poichè facendo le spese per sè le verrebbe a fare anche per il proprietario del fondo serviente (senza diritto di rimborso neppure parziale da parte di quest'ultimo, quantunque egli *iure proprietatis* venga ad approfittare di quel sentiero o passaggio che è mantenuto *iure* o piuttosto *onere servitutis*), può trovare più conveniente di accomodarsi col proprietario del fondo serviente per pagare a lui un'indennità anzichè assumersi direttamente quest'onere. A che approda pertanto in pratica il disposto dall'art. 597 Codice civile, se non a complicare inutilmente le cose e a dare improvvida occasione a litigi interminabili e pericolosi? Il sistema può ammettersi soltanto finchè si dice che l'avvenuta prescrizione estintiva dell'obbligo di pagare l'indennità non possa nuocere alla già costituita servitù; perchè od in quanto taluno possa ritenere impossibile od incivile che cessi la possibilità del corrispettivo in un atto o negozio giuridico che la legge ha voluto oneroso, almeno fino a patto contrario. Quello derivante dall'abbandono della coltivazione d'altra parte, a parità immanente di dimensione, è il solo danno costante di cui si può riconoscere con tranquillità la prescrizione estintiva; gli altri danni, all'infuori di questa improduttività, relativa solo alla forza produttiva del suolo secondo la qualità di esso, sono talmente variabili, che anche si fossero mantenuti costanti per trent'anni giusto o quasi per dare agio alla prescrizione estintiva di compiersi, nel trentunesimo anno, con maggiore attenzione acuita dall'interesse della controversia, si potrebbero anche riconoscere perfettamente diversi dal trentesimo e dal ventinovesimo anno. Insomma questo rapporto di passaggio, se ben si guarda, non ha nulla di costante, neppure il territorio; poichè può ampliarsi secondo i bisogni del fondo dominante, che abbia interesse, a mo' d' esempio, di farvi passare non solo delle persone ma anche dei carri. Non ha nulla di costante, perchè, quando il proprietario dominante si ritiene, per la bonarietà o l'amicizia del proprietario del fondo serviente, disciolto da ogni vincolo di compenso o d'indennità, lo si mette in tali condizioni sempre, che egli deve trovare persino conveniente per sè di pagare l'indennità. E così, mentre la prescrizione

Digitized by Google

dell'art. 597 accordata si può chiamare una vera e propria prescrizione ironica, ciò che assolutamente nulla ha d'ironico è quel *sempre* che si trova in capo all'art. 594 e che non solo sembra accennare a tutti i casi di onere per il passaggio da fondo a fondo (poichè allora assai più propriamente la ricchissima lingua italiana avrebbe fornito l'espressione avverbiale *in ogni caso*), ma sembra allusivo anche, anzi sopratutto al periodo di tempo, infratrentennale, trentennale ed ultratrentennale; quasichè il legislatore stesso abbia presentito l'incongruenza e l'inefficacia d'una prescrizione che avrebbe in seguito accordato forse più che per altro per affermare che il corrispettivo oneroso non è elemento necessario neppure per questa servitù, come non lo è per le altre.

44. In un solo caso il Codice esclude assolutamente la corresponsione di ogni e qualsiasi indennità: e questo è il caso dell'art. 595 e si ha quante volte il fondo divenne da ogni parte chiuso per effetto di una vendita, permuta o divisione; perchè in tale ipotesi i venditori, permutanti o condividenti sono tenuti appunto a dare il passaggio senza alcuna indennità. Qual'è la ragione di questa disposizione? Il fondo che aspira all'uso del passaggio necessario e chiede tal benefizio di legge appunto per il suo essere intercluso e isolato dalla via pubblica originariamente non era fondo a sè, ma era parte di un fondo maggiore e però come di parte in tutto partecipava ad ogni viabilità del fondo in cui era contenuto: laonde non potevano scarseggiare i mezzi di allacciamento e di sbocco, allorquando li avesse l'intiero fondo in cui quella frazione era contenuta. Ora, la cambiata posizione giuridica del territorio stesso, che non è più di frazione ma di fondo a sè, perfettamente autonomo, sotto il punto di vista giuridico, porterebbe una nuova sistemazione della viabilità qualora la frazione così sorta per permuta, vendita o divisione non potesse giovarsi della rete delle comunicazioni contenuta nel grande fondo originario dal quale spiccò la sua autonomia. E si potrebbe dire che questa nuova frazione, poichè ebbe il benefizio dell'autonomia, debba altresì sopportare la noia di chiedere un nuovo passaggio

Digitized by Google

e di sistemare nuovamente i suoi accessi alla via pubblica; nè la corrispondenza dell'una cosa all'altra logicamente mancherebbe. Senonchè anzitutto vi è una specie di favore allo stato delle cose, dei territori e della viabilità così come si trovava *ab antiquo* e sin dapprincipio quando la sistemazione fu fatta, ossia ad ogni modo prima della divisione del fondo originario: e noi sappiamo quanto la legge rispetti la sistemazione, diremo così, storica, dei territori, allorchè questa sistemazione ha avuto la sua osservanza per lungo tempo. I cambiamenti non sono ammessi che con una certa difficoltà e quando si riconoscano proprio necessari; ma a buon conto è la condizione giuridica che, in caso di conflitto, deve piegare alla condizione di fatto e non questa plasmarsi alla condizione giuridica. D'altro canto qual sistemazione più economica dei passaggi può presumersi, da quella infuori che si può riscontrare tra le varie parti d'un fondo stesso, poichè questa sistemazione è prodotta dal vigile interesse del proprietario stesso del tutto e delle parti? Nessuna certamente; e allora, finchè si può, è naturale che si cerchi di mantenere la sistemazione antica. Si aggiunga che venditore, permutatore o condividente non risulta affatto che nel vendere, permutare o dividere abbiano avuto e molto meno manifestato l'intendimento di abolire il sistema delle comunicazioni così com'era prima, per effetto della sopravvenuta vendita, permuta o divisione: che anzi, se altro espressamente non consta, deve ritenersi che essi abbiano inteso di alienare quella porzione di fondo così come trovavasi in origine, con ogni suo benefizio, pertinenza, accesso o sbocco.

Al postutto, continuando la situazione anteriore, lo stato del fondo per la parte non venduta non può ritenersi alterato o cambiato sensibilmente; soltanto l'alienante, se non fosse tuttora obbligato a concedere quel dato passaggio o quei dati passaggi a favore della sua frazione distaccata, guadagnerebbe per effetto della permuta, vendita o divisione, una liberazione che certamente in caso diverso non avrebbe potuto in alcun modo sperare, *ceteris rebus sic stantibus*. Sotto un altro punto di vista poi, ben si osserva che con questo potrebbe gravarsi la condizione degli altri vicini

Digitized by Google

chiamati a concorso dalla parte distaccata per subire la scelta della prestazione passiva del passaggio; poichè allora potrebbe darsi che la nuova frazione, resa autonoma, trovasse più conveniente di passare a spese di un altro vicino anzichè del fondo originario dal quale si distaccò e che così è diventato suo nuovo vicino alla pari degli altri vecchi confinanti. Difatti supponiamo che il fondo originario fosse stato di estensione così grande, che, riguardo alla sua ampiezza intiera quella della porzione staccata venga ora a presentarsi quasi insignificante; s'intende che allora, in origine, il sistema di viabilità del fondo grande tutto quanto non poteva avere dei riguardi speciali per quella parte che poi ne fu staccata, ma piuttosto doveva essere adatto agli interessi del rimanente che costituiva il grosso del fondo, e specialmente al centro del fondo stesso, e alla zona circolare facente capo più davvicino al centro stesso. Ora, siccome dopo la vendita, la permuta o la divisione tanto è spostato il centro originario, che di un centro solo se ne sono fatti due e di una zona se ne sono fatte due zone; naturalmente la sistemazione delle comunicazioni deve far capo ora a questi due centri, rispettivamente, diversi dall'unico centro primitivo e che richiamano anche una diversa ripartizione o rotazione agraria delle zone del fondo amputato, qualche volta. Ciò nell'ipotesi che non debba aversi punto riguardo all'originaria unità dei due fondi, del maggiore originario e del minore che ne è distaccato. Ma questa conclusione di ammettere nella parte di fondo distaccata come un nuovo centro di viabilità porterebbe ad uno sconvolgimento forse pericoloso dei possessi, e la legge preferisce di aver riguardo allo stato originario del fondo e alla finzione che esso rimanga e permanga anche in seguito tale e quale.

Questa ideale conservazione delle zone di possesso è però tutta fittizia e non risponde alla realtà delle cose nè alla continua variabilità delle vicende umane; e perciò si domanda a ragione se sia seria o giusta sotto il punto di vista pratico, nel senso che la legge valga a frenare gli eventi. Vale la pena di spiegarsi. La trasformazione della grande in piccola coltura è un portato dei tempi moderni che va di pari passo con lo scomparire dei

Digitized by Google

latifondi; e si tratta, badisi bene, di una trasformazione economica a base profonda. Ora è ammissibile che nel campo del diritto si dissimuli l'importanza di questa trasformazione o non si faccia che ad essa corrispondano gli effetti patrimoniali? Che forse il cammino del diritto, della vita dei popoli, si dirige per una via diversa dal cammino che presso quei popoli stessi percorre il fattore economico? Di massima e regolarmente, no: il diritto fa parte nella vita generale, anche se si limita a regolare rapporti tra privati: la sua efficienza è sociale in ogni caso, se non altro perchè tutti sono eguali e debbono ugualmente regolarsi di fronte alle leggi. Ma come? Noi rinunziamo al latifondo e non vogliamo rinunziare a tutte le conseguenze e a tutto il regolamento del latifondo? Per taluni versi, per taluni riguardi ammettiamo la piccola coltura nella considerazione e nel dominio della civiltà moderna anche sotto l'aspetto giuridico; e poi, se ci troviamo di fronte ad un negozio di vendita, di permuta, di divisione, ci viene in mente di sconfessarne taluni effetti, di ritornare allo stato antico, d'imbastire delle finzioni di sopravvivenza di rapporti già eliminati; e ciò per il solo scopo di non cambiare le condizioni esistenti, lo *statu quo ante*, di non turbare il quieto vivere, l'immanente osservanza di quanto si è praticato finora, quella *routine* quotidiana che abitua al quietismo dei diritti, quel non so che di indolenza che non dovrebbe aver protezione nè dalla consuetudine nè dal diritto, in cui ci affanniamo con le nostre moderne civiltà nello sforzo di un continuo divenire. Eppure vi è un'alienazione, vi è un passaggio di proprietà, vi è per lo meno una dichiarazione di parti e di proprietà, di nuovi padroni e di nuovi confini: tuttociò forse val nulla, oppure si getta in disparte quando può recare imbarazzi? Il godimento dei frutti, la facoltà di usare e disporre è cambiata, è suddivisa: ma la sistemazione delle vie segue ancora il latifondo e vi si abbarbica come residuo di un passato che non è più, come affermazione di uno stato di conservazione là dove è passata l'ala del tempo colle sue mutazioni di fatto, con le sue novità, coi nuovi rapporti ai quali dà vita, e non solo in considerazione delle persone ma anche in riguardo alle cose.

Digitized by Google

Questo, in sostanza, non è un atto di sapienza giuridica più che non sia una confessione d'istinti conservatori tenacemente abbarbicati alla pianta del diritto: ma di fronte a questa tendenza e a questi sforzi più o meno infecondi vi è la giusta necessità dello stato attuale delle cose, la esatta percezione della situazione reale, la non dissimulabile influenza delle condizioni economiche, l'opportunità di nuove sistemazioni per rispondere a bisogni nuovi di patrimoni nuovi. Ma il frazionamento della proprietà, si obbietta, renderebbe peggiori le condizioni dei fondi intercludenti, se si ammettesse il cambiamento della viabilità, se si spostassero di fronte a proprietà che sono rimaste patrimonialmente invariate i centri di sistemazione di altre proprietà della stessa zona, sol perchè queste altre proprietà sono state sottoposte ad un frazionamento patrimoniale. Ebbene, chi e in forza di che può avere assicurato ai fondi confinanti col fondo risultante dalla suddivisione del predio originario la stabilità della loro sistemazione sotto il punto di vista della viabilità? Vi è forse un diritto alla stabilità delle cose umane, un diritto alla stabilità dei diritti allorchè mutano le condizioni di fatto? Oltre a ciò si deve por mente alla circostanza che la reciprocità di queste evenienze non può esporre a maggiori variazioni l'uno piuttostochè l'altro dei vicini appartenenti ad una medesima zona topografica; e però, tutti i proprietari essendo liberi di trasmettere parti dei loro fondi, oppure i loro fondi in parti, tutti possono rendersi oppure trovarsi ad un dato istante più gravosi, nel cambiamento subìto, i rapporti di vicinanza. La qual cosa, considerata sotto questo punto di vista, a buon conto non dovrebbe essere argomento di doglianza; di fronte alla illimitata facoltà di disporre dei propri beni sotto qualsivoglia forma, o tra vivi o per causa di morte. E se pure vi fossero dei peggioramenti sensibili per qualche fondo sotto il punto di vista della prestazione della viabilità, del transito o dell'accesso, non si dovrebbe forse ritenere il cambiamento dovuto sempre a quella situazione dei luoghi dalla quale scaturiscono i molteplici rapporti di vicinanza tra i fondi stessi? Dov'è l'imprevisto? Allora e, per questa e consimili ragioni, a costo di esser più radicali, si dovrebbe poter proi-

Digitized by Google

bire il frazionamento dei fondi, dal momento che non se ne accettano tutte le conseguenze: ma a chi potrà venire mai in mente una fisima simile? Vi sono anzi delle discipline, e più ve ne dovrebbero essere, per facilitare sotto il punto di vista finanziario le coltivazioni intensive, spesso di risanamento, le quali si accoppiano quasi sempre col frazionamento delle grandi proprietà ed anche l'aumento delle viabilità vicinali o soltanto private negli agri più o meno deserti e soggetti soltanto ad una utilizzazione rudimentale, ad uno sfruttamento passivo e insufficiente. Abbondiamo nei passaggi, negli accessi, negli sbocchi e l'agricoltura ne risentirà vantaggio, le industrie si renderanno più attive e più facili.

Rispettiamo nondimeno il testo della legge: *res ut ita est, permaneat.* Ma cerchiamo altresì d'intendere bene questo art. 595. Esso, in sostanza, non prescrive che i passaggi restino assolutamente com'erano prima sotto il regime del fondo unico, ma bensì rende più conveniente questa conservazione, esonerando dall'obbligo dell'indennità il proprietario del fondo che approfitta o intende approfittare di questo passaggio. Vuol dire che, se il proprietario del fondo intercluso disprezza le antiche vie, può chiedere una via nuova, e cioè un nuovo accesso, passaggio o sbocco quando ricorrano i termini dell'art. 593 e soprattutto quando concorrano ragioni di convenienza per preferire nuove vie alle antiche. Che se, malgrado la divisione, la permuta o la vendita, le vie antiche restano tuttora le più convenienti, allora l'art. 593 non permette il cambiamento. Ma si comprende che i vicini, appoggiandosi all'inciso dello stesso art. 593 che riguarda le ragioni del dispendio, porranno in vista la gratuità del passaggio garantita dall'art. 595, perchè la bilancia trabocchi dal canto della vecchia osservanza e della vecchia viabilità. Ciò malgrado possono esservi dei casi nei quali questa considerazione non valga ad allontanare il pericolo della novella sistemazione e pur si trovi conveniente spendere per un nuovo passaggio rifiutando la gratuità dell'antico; e questo caso si riferisce al cambiamento della coltivazione che può anche coincidere con un metodo più saggiamente intensivo. Nel campicello distaccato si afferma, quasi con un senso di

Digitized by Google

ribellione al vecchio grande fondo originario, l'importanza del lavoro e dell'impiego di capitali per bonificazioni; e quest'affermazione accenna a nuovi disegni, a nuove speranze, a nuovi raccolti, a tutta una vita agricola nuova nelle sue molteplici attività dirette o accessorie. Ora questa nuova destinazione, unita allo spostamento del centro topografico, per il fondo distaccato, può benissimo cangiare le opportunità dei passaggi o sbocchi per le persone e per le derrate nella via pubblica o soggetta, come suol dirsi, a servitù pubblica; talchè il mantenere le vecchie linee di comunicazione possa non corrispondere più alla *coltivazione* e al *conveniente uso* del fondo dominante secondo le nuove vedute del nuovo proprietario. E, se la gratuità si considera allora come compenso insufficiente o fattore secondario di fronte ai benefizi che si ripromettono dal nuovo sbocco, facil cosa è supporre che a questo nuovo sbocco diasi la preferenza e questo si domandi senza troppo preoccuparsi del danno che si può cagionare al vicino e della relativa indennità che si può essere obbligati a pagargli. Questo vicino, contrariato, osserverà che tale nuova opportunità di passaggio è la conseguenza di una nuova destinazione, la cui prima origine deve ricercarsi nella suddivisione del predio originario; che egli era abituato a tutt'altro regime, che i suoi interessi hanno presa una piega determinata coordinatamente anche alla rete dei passaggi e non può veder cambiati i passaggi senza spostare sensibilmente gli stessi interessi. Ma dunque egli pretende che la destinazione dei fondi vicini resti immutabile ovvero non possa mutarsi che col consenso di altri vicini, o forse di tutti i confinanti? Questa pretesa è fuor della legge, anzi contro la legge delle facoltà accordate al proprietario di disporre della cosa sua nel modo che meglio crede; concetto che è espressamente richiamato nell'art. 593, parlandovisi di *conveniente uso del proprio fondo*. E difatti chi mai è giudice del conveniente uso che può farsi del proprio fondo, se non il proprietario del fondo stesso al quale è accordato il passaggio? Certamente, se la richiesta del passaggio sembrasse ispirata a cagione emulativa, farebbe bene il vicino a rifiutarsi e farebbe meglio il giudice a non accordarlo; ma, al difuori di questa ipotesi, non è il caso di

Digitized by Google

controllare o limitare in qualsiasi modo una destinazione impressa dal proprietario alle varie parti del suo fondo, purchè questa destinazione non offenda diritti eventualmente quesiti da altri proprietari confinanti. Il cambiamento di destinazione del resto non altera la sostanza nè la produttività del suolo, finchè questo è coltivato; soltanto ne dispone o predispone l'*humus* in guisa che vi sia più adatta una data specie di coltivazione piuttostochè un'altra.

Nei rapporti tra il proprietario alienante o permutante ovvero tra condividenti, l'acquirente o condividente che ha bisogno di passaggio, pur senza una convenzione espressa, ha diritto al passaggio gratuito attraverso al fondo originario, del quale antecedentemente faceva parte. È questa una disposizione della legge che supplisce al silenzio delle parti: ma tuttavia può derogarvisi per convenzione, non trattandosi certamente d'una disposizione di ordine pubblico e non essendo espressamente comminata la nullità per il caso di patto contrario. Certamente, se l'acquirente o il condividente ha l'intenzione di acquistare il fondo come si trova prima dell'alienazione o della divisione, anche la rete delle comunicazioni forma parte del suo acquisto intenzionale; senza aver riguardo al turbamento che si può cagionare nel resto, anzi talvolta nella parte maggiore del fondo, obbligando questo a mantenere la sua rete stradale sempre immutata, e pur cambiando destinazione di parti e metodo di coltivazione. Per tal modo i cambiamenti che una volta in questo fondo potevano farsi *iure proprietatis* ora sono impediti *iure servitutis;* pur senza che a ciò intervenga una convenzione esplicita tra le parti, ma solo per effetto dell'alienazione o della trasmissione della parte di fondo. Certamente, questa volta la legge non ha fatto che una disposizione interpretativa della volontà delle parti; ed ha quindi lasciato libero il varco ad ogni manifestazione contraria, sì diretta come indiretta, di volontà. Quindi nel caso pratico è d'uopo ricercare con diligenza quale fosse questa manifestazione di volontà. Una clausola colla forma seguente: *salvi e riservati tutti i diritti dell'alienante, permutante o condividente sulla parte di fondo a lui restante,* è dessa sufficiente per evitare la servitù del passaggio gratuito? Da un canto, parlandosi vaga-

Digitized by Google

mente di diritti, e sia pure di diritti derivanti dall'esercizio della proprietà, si potrebbe ritenervi compreso anche il diritto di disporre a proprio beneplacito della rete di comunicazioni fatta o da farsi, ordinata o da ordinare, sul proprio fondo. Dall'altro, trattandosi di suddivisione di proprietà avvenuta appunto per disposizione del padre di famiglia, potrebbe supporsi che insieme al frazionamento sia stata intenzione del padre di famiglia stesso esporsi a tutte le conseguenze del relativo spostamento della viabilità, pur conservandosi per il resto pienamente indipendente dalle conseguenze di questa nuova sistemazione o di questa suddivisione del fondo. V'ha di più: siccome l'ignoranza della legge non è ammessa, l'alienante, il permutante o il condividente, nell'alienare, permutare o dividere, se vogliono esser sicuri di non aver molestie per il passaggio gratuito, devono pattuire espressamente che, in caso di richiesta di un tal passaggio, nè essi intendano accordarlo gratuitamente, nè l'altra parte lo richieda a questo titolo gratuito, ma si sottoponga agli oneri dell'indennità come nei rapporti di qualsiasi altro vicino. Questa è la convenzione che ci vuole e dev'esssere espressa, non deve lasciar dubbio all'interprete, costretto come questi è tra una disposizione espressa di legge da un canto e dall'altro il precetto d'interpretare sobriamente la volontà delle parti, senza aggiungervi di fantasia o toglierne per cocciutaggine. La destinazione è il punto di partenza e il punto di arrivo di ogni dichiarazione di volontà.

Il fatto della destinazione rivela la sua influenza anche nel caso di cessazione del passaggio necessario; poichè l'articolo 596 dispone che, se il passaggio concesso ad un fondo circondato cessa di esser necessario per la riunione di esso ad altro fondo contiguo alla via pubblica, può essere soppresso in qualunque tempo ad istanza del proprietario del fondo serviente, mediante la restituzione del ricevuto compenso o la cessazione dell'annualità convenuta; e dispone inoltre che lo stesso abbia luogo se è aperta una nuova strada che riesca al fondo già circondato. Quì la destinazione cambia e con la destinazione la sistemazione della rete stradale. Vi può essere un altro caso, altrettanto ovvio; ed è che cambi la sistemazione della via pubblica o delle vie pub-

Digitized by Google

bliche in quella zona; talchè non si renda più necessario un dato accesso ad una via pubblica che è stata soppressa, ma ne occorra un altro per altra via pubblica che siasi attivata in sostituzione della precedente. Com'è naturale, in questa ipotesi cessa la ragione della necessità del primo passaggio e subentrano altre necessità per un passaggio diverso; nuovi sbocchi s'impongono e i vecchi sbocchi si addimostrano inutili. Il cambiamento delle necessità e delle opportunità agisce in tutto come se il fondo che abbisogna del passaggio si fosse riunito ad altro fondo contiguo alla via pubblica e che già nel suo insieme potesse fruire presso a poco come fruiva prima della propria comunicazione con questa via. Non varrebbe il dire che si tratta di una frazione o zona lontana dal centro del fondo e che quindi può conservare le esigenze che prima aveva. Conviene tener conto dell'unità economica e colturale che si è venuta formando per tal modo e che non può certamente obbedire, nella parte aggiunta, ai criteri di destinazione e di coltivazione che precedentemente la governavano. In un caso potrebbe resistere la vecchia sistemazione: nel caso cioè che la parte aggiunta esercitasse una influenza tanto assorbente sull'altra parte, da doversi dire che non la parte dell'estinzione del cui passaggio si tratta si aggiunga all'altra, ma l'altra si aggiunga a questa; nella quale ipotesi la posizione s'inverte, ma noi applicheremo sempre la legge. Tutto dunque si ridurrà, praticamente, a vedere qual sia il fondo riunito e quale il fondo che riceve l'annessione; questa è tutta questione di fatto e si risolve la mercè di considerazioni economiche e patrimoniali che costituiscono il sostrato della risoluzione giuridica di un quesito in materia di passaggio necessario. La necessità, è dunque bene concludere, ha un carattere meramente transitorio e soggetto alla possibilità di continue variazioni a seconda dei tempi e di conserva con i vari cambiamenti di fatto che risultino chiari e genuini e non preparati a bella posta per creare difficoltà o fare dispetti a questo o quel fondo confinante.

Digitized by Google

CAPO II.

Trasporto di mobili e di semoventi.

45. Diversità tra questa servitù e la semplice di passaggio. — 46. L'*actus* dei Romani. — 47. Regole relative. — 48. E la *servitus pecoris ad aquam adpulsus*.

45. La servitù per trasportar mobili e semoventi (animali) non è la stessa cosa della semplice servitù di passaggio, quante volte, ben s'intende, il trasporto dei mobili e dei semoventi non sia mezzo per trasportar derrate pertinenti al fondo, ma sia esso stesso fine della servitù. Si può dare un cantiere di deposito di mobilia e i mobili allora vanno e vengono da quel cantiere e vi restano più o meno tempo a seconda dei particolari bisogni dei depositanti, per rinnovarsi ed esitarsi continuamente. Può essere un luogo di vendite, può essere uno scalo di transito o di merci in genere, può essere un magazzino di raccolti agricoli, può essere un deposito di mercerie; e via dicendo. Le ipotesi che possono farsi sono svariatissime, nè d'altro canto deve meravigliare se queste continue operazioni di carico e scarico importano una servitù vera e propria su di un territorio estraneo e soltanto confinante colla località dove si trova il deposito. Questa è però una delle cosiddette servitù imposte dalla legge, un onere che esorbiti dalla convenzione e che sussista anche all'infuori della convenzione?

Notiamo anzitutto che qui ci troviamo ordinariamente in tema di speculazioni industriali, e perciò la necessità vi è creata dalla speculazione e non soltanto nè principalmente dalla posizione dei luoghi. È una necessità che dipende sì dalla destinazione, ma ha qualche cosa d'inconsueto e che perciò non può fare supporre i termini di una certa reciprocità, nè lascia intravedere una sistemazione in complesso ovvero una rete di mezzi di comunicazione. Ordinariamente anzi, i terreni adiacenti a stabilimenti di deposito, quando occorrano per carico e scarico, sono addirittura acquistati dai proprietari di quegli stabilimenti stessi, appunto per avere l'adito e l'uscita più libera, per occupare con carri e con

Digitized by Google

uomini le adiacenze, e non solo per mettersi in moto allo scopo di effettuare il trasporto: il complesso insomma di tutta l'impresa è tale che i trasporti male si attuano nella sfera di una ristretta servitù di passaggio, e che per poter condurre l'esercizio occorre una grande libertà di movimenti, anche sotto il punto di vista dell'estensione superficiaria o dell'espansività esterna. Poichè, chi ha posto talvolta attenzione a questi stabilimenti e alle loro adiacenze ha potuto constatare come non si limiti il tutto al semplice transito, ma come ben sovente restino per terra rifiuti d'ogni specie e detriti e frammenti che ingombrano tanto da render persino difficile per il proprietario l'estrinsecazione del suo diritto di passaggio sul terreno così ingombrato e per giunta continuamente occluso da veicoli e animali in attesa di carico o di scarico.

Ma pur la circostanza eccezionale d'una servitù di passaggio può verificarsi; e può anche verificarsi il caso che la speciale conformazione dei luoghi, sia pure per un minimo spazio, renda indispensabili le noie del passaggio stesso ed anche della permanenza di veicoli e di giumenti. Dunque la posizione può essere presentata puramente e semplicemente come uno stato di necessità eccezionale, sempre in rapporto colla destinazione dello stabilimento al quale il passaggio deve servire. Or basta forse questa necessità, che è d'ordinario possibile soltanto unilateralmente, a decidere un legislatore, per quanto ispirato a criteri moderni e spinto dal desiderio di favorire le industrie, perchè imponga una tal servitù come obbligatoria in via generica e quale esplicazione del rapporto di vicinanza? No davvero: manca per lo appunto l'indole di una situazione o di una sistemazione generale e che perciò rasenti l'ordine pubblico, e con ciò manca il movente per una disposizione di favore del legislatore. E di vero, sotto il punto di vista esegetico, i termini dell'art. 593 non ricorrono punto nel caso nostro. L'articolo parla di *uscita sulla via pubblica*, vale a dire di accesso alla via pubblica per uscire dall'àmbito del proprio territorio, per uscire dalla zona che si gode in proprietà e della quale soltanto si può disporre liberamente e pienamente. E il transito è dato per la coltivazione e ad un tempo per il conve-

Digitized by Google

niente uso del fondo dominante, non già per l'uno o per l'altro scopo separatamente: talchè noi dobbiamo congiungere i due dati per costituire la figura del fine unico, al quale il legislatore volle annettere un giudizio di opportunità, riserbandolo in tutto al proprietario del fondo dominante.

Ora non si può mettere in dubbio che la coltivazione più rispondente all'uso conveniente del fondo dominante possa talvolta rappresentare un interesse anche minore della destinazione ad uso industriale nel modo ritenuto il più idoneo allo stabilimento di cui si tratta; e che questa seconda utilizzazione possa anche valere molto più della prima ed anche più della prima involgere il pubblico interesse e quindi imporre il predominio di una certa logica che male si adatta alle pure strettezze del mio e del tuo nei puntigli di una esplicazione assoluta del diritto di proprietà. Ma la differenza delle due posizioni di fatto si coglie per un altro verso e non per la quantità d'interesse pubblico che racchiudono: le superficie di terra che sono in campagna non possono ordinariamente destinarsi che a scopo di coltivazione, ossia a scopo agricolo, e questa destinazione delle superficie stesse è perfettamente consona e armonica colla circoscrizione territoriale dei possessi e col regolamento della viabilità. Nella maggior parte dei casi quelle aree campestri non possono essere utilizzate e non sono utilizzate che a scopo di coltivazione; nè vi è da scegliere tra quella ed altra utilizzazione.

Inoltre qualsivoglia sistema culturale è assai più intimamente connesso colla estensione territoriale e colla distribuzione delle vie di comunicazione, di quanto lo sia o possa esserlo uno stabilimento industriale o manifatturiero. Nè si può dissimulare che l'art. 593 Cod. civile debba avere avuto riguardo principale agli sbocchi delle persone anzichè a quelli dei prodotti, non essendo escluso che i prodotti possano consumarsi sul luogo, ma essendo impossibile che le persone restino bloccate nell'interno di un fondo senza mezzo alcuno di comunicazione coll'esterno, colle altre zone campestri, colla città alla quale debbono far capo i loro affari, colla borgata più prossima, coll'arteria stradale più importante. Conviene pur riconoscere che la gravità della situazione è alquanto diversa nell'uno e nell'altro caso; perchè la stessa

Digitized by Google

configurazione fisica dei territori richiede la sistemazione delle comunicazioni, mentre il trasporto delle derrate e dei traini non è strettamente connesso colla configurazione geografica del suolo, ma si riferisce necessariamente ad una speciale destinazione, non indispensabile allorchè si tratta di stabilimento industriale, limitata unicamente ad alcune stagioni dell'anno in occasione dei raccolti, allorchè si tratta di comunicazioni aperte a fondi rustici, i cui prodotti potrebbero anche consumarsi per intiero sul fondo stesso e quivi trasformarsi per le utilità della vita. Del resto il limite tra il fabbisogno semplice di passaggio ai pedoni e il fabbisogno di passaggio anche per trasporto di animali e di mobili non è facilmente determinabile fino ad un certo punto; poichè vi sia un *minimum* per lo meno di transito che possa sussidiare o completare il transito delle persone e servire anche come mezzo di trasporto alle persone stesse. Allorchè questi semoventi si distaccano dalle funzioni accessorie riguardo al transito delle persone, comincia la servitù più importante o più gravosa di un semplice passaggio di persone; e allora piuttosto le persone le quali accompagnano il carico trasportato, rispetto a questo divengono quasi accessori o complementi del trasporto affidato ai carri ed ai somieri.

Infatti, nel carico o nello scarico che si effettuano continuamente in un magazzino di deposito, magari per mezzo di vagoni ferroviari, la parte rappresentata dai caricatori e dagli scaricatori (in certi casi sostituibili persino da macchine) è di poco conto e si può ritenere soltanto come preparatoria al trasporto attraverso la via per giungere alla destinazione finale ossia per esitare i prodotti o portarli al mercato. E quello che sfugge di fronte alla relatività del concetto di necessità non resiste all'analisi paziente delle funzioni e della posizione d'ambiente: perciocchè non è la stessa cosa attuare uno sbocco reso necessario dall'interclusione dei luoghi ed attuare uno sbocco necessario alle esigenze speciali dei trasporti commerciali, ma non al transito per sbocco territoriale in condizioni anche normali, e più che altro sotto il punto di vista del fabbisogno per le persone, acciocchè tra le altre cose, non si vada incontro ad un effettivo sequestro personale di chi abita in quel fondo oppure non sia impedito al pro-

Digitized by Google

prietario del fondo, che abiti in città o in borgo, di recarvisi per le bisogne della coltivazione o in generale per esplicarvi gli atti della proprietà. Oltre a ciò il semplice *iter* o passaggio di persone è molto meno gravoso di questo passaggio a scopo industriale, che nel tempo stesso rappresenta una specie di occupazione del fondo serviente: perciocchè già il fondo stesso serviente deva avere attivata una sua rete di transiti i quali facciano capo alla via pubblica, e quindi al più non si tratterebbe di un qualche tratto di sentiero o viottolo nuovo se non molto vicino al confine tra fondi, poichè nel fondo serviente la rete dei viottoli non può non estendere una sua branca anche in direzione del confine stesso, essendo naturale che anche in quella direzione occorra compiere dei lavori agricoli portandovisi con persone e istrumenti. Sopprimere il concetto di questi sbocchi porterebbe alla eliminazione di ogni criterio o concetto territoriale; la qual cosa è completamente assurda e fuori di ogni possibile ipotesi, mentre appunto è la giacitura e la situazione dei luoghi quella che dà vita a queste forme di rapporti di vicinanza tra fondo e fondo e che mantiene la necessità d'una sistemazione perenne a questo riguardo.

In altri termini, di tante industrie la sola agricola è strettamente legata colla distesa, struttura, estensione dei territori; le altre non considerano il territorio che come un accessorio di spazio, come uno degli elementi, per quanto indispensabile, altrettanto meno importante; tanto che in molti casi per avere uno sbocco da un dato stabilimento industriale sulla strada pubblica non vi è neppure bisogno di chiedere l'esercizio del passaggio sopra un territorio vicino, potendosi le operazioni di carico, scarico e trasporto sino alla via pubblica effettuare tutte in terreno proprio e con grande comodo, per il quale una semplice servitù di passaggio, necessario o convenzionale, su territorio altrui forse nella maggior parte dei casi non basterebbe neppure. Ed allora sorge necessità di acquistare il terreno su cui deve farsi il deposito e quello altresì che serve di sbocco sulla via pubblica od arteria principale attraverso alla quale le merci giungono al mercato e vi trovano acquirenti oppure vanno direttamente agli acquirenti che ne abbiano fatto previa commissione; e non

Digitized by Google

solo di acquistare il terreno relativo, ma anche del terreno di sopravanzo che possa eliminare ogni fastidio sensibile anche mediato o indiretto per i fondi confinanti e possa rispondere altresì ad eventuali ampliamenti futuri della produzione di cui si tratta.

Del resto, in pratica si vede quanto sciupio di aree ordinariamente si fa attorno agli stabilimenii industriali, perchè non è soltanto il transito che fa di bisogno, ma anche il deposito per comode operazioni di carico e scarico e per non aver fretta in tutto ciò che riguarda l'introduzione e l'esportazione del materiale da fabbricare o fabbricato. Di più, ogni tanto, vi è d'uopo di tanti piccoli accessori di spazio per molta parte della giornata e quasi quotidianamente; e non si può ad ogni volta stare a mendicare permessi ai vicini nè pretendere servitù necessarie tanto onerose per i vicini stessi e aspettare lo svolgersi di questioni o controversie giuridiche di varia indole e gravità, la cui soluzione potrebbe esser tratta in lungo e quindi compromettere per un certo tempo la sicurezza e la speditezza delle operazioni. Questo carico e scarico di prodotti industriali non di rado si compie con un frastuono che fa sensibile contrasto con la quiete e la modestia dei rapporti ordinari di passaggio; e quindi, anche sotto il punto di vista pratico, presenta un contrasto e una distinzione evidente coll'altra ipotesi dell'uso a scopo industriale.

Solo un cieco dommatismo, ispirato a preconcetti di una classificazione uniforme e formale, può giustificare le preoccupazioni dirette ad unificare in una classificazione sola due strumentalità ben diverse per il loro fine e per la loro causa: ma sorgono poi sempre in campo le esigenze pratiche a scombuiare la *concordantia discordantium* e a rimettere le cose sul piede di fatto che corrisponde alla realtà e a costituire le corrispondenti posizioni giuridiche assegnando a queste regole diverse e soluzioni adatte per ciascuna di esse posizioni. I privati stessi poi, giudici competentissimi del loro tornaconto, risolvono in modo diverso l'una e l'altra posizione di fatto e all'una e all'altra dànno due configurazioni giuridiche e due soluzioni ben distinte. Assegnati così i limiti a ciascun rapporto giuridico, e desumendo sempre questi

Digitized by Google

limiti dalle condizioni dei fatti, non è fuor di proposito ricercare con talune intenzioni teoriche anche la ragione delle nostre soluzioni diverse e assegnare una cosiffatta ragione a tutto un ordine di considerazioni che servano al complemento strutturale delle due figure giuridiche diverse e dotate di un coefficiente pratico distinto. Che se si volessero per un momento ridurre alla categoria delle servitù di passaggio, ad ogni modo poi converrebbe sempre fare una distinzione di gradi e d'intensità tra un semplice passaggio *ratione territorii* ed un passaggio qualificato *ratione industriae*. Allora si vedrebbe la sottodistinzione acquistare un'importanza maggiore della distinzione alla quale fa capo; e questa sarebbe la prova migliore dell'inopportunità della distinzione stessa: è dunque meglio aver coraggio sin dapprincipio e dimostrare come dal semplice fatto del passaggio a scopi industriali sorga un diritto diverso da quello reale e vicinale; sorga addirittura una necessità vera e propria di acquisto superficiario o territoriale e di disposizione o utilizzazione *pleno iure proprietatis*, poichè altrimenti il contenuto delle facoltà accordate allo stabilimento industriale non sarebbe sufficiente al bisogno dell'industria e noi ci troveremmo in presenza di una costruzione giuridica non rispondente alla situazione delle cose, alle circostanze dei fatti. Questo metodo di trasportare la configurazione giuridica da un semplice rapporto di vicinanza ad un rapporto di proprietà non è già una scappatoia per trarsi d'impaccio; è una soluzione vera e propria desunta dalle circostanze del fatto e dallo scopo ovvero interesse delle persone e dei fondi posti tra loro in rapporto di vicinanza. *Ex facto oritur ius.*

Del resto, se si attuasse un semplice rapporto di passaggio, ben presto un tal diritto si chiarirebbe insufficiente e alla prima occasione si cercherebbe di cambiare anzi di ampliare il rapporto giuridico, rendendolo idoneo alle necessarie funzioni di una sistemazione definitiva. E allora saremmo daccapo alla ricerca di una costruzione idonea alle esigenze della destinazione dello stabilimento industriale al quale il passaggio ovvero lo sbocco deve servire: talchè il quesito torna sempre di bel nuovo nelle stesse condizioni di difficoltà e nella stessa situazione di fatto, senza che la di-

Digitized by Google

lazione abbia potuto servire ad altro fuorchè a rendere più disagevole lo stato intermedio. Si potrà trattare anche d'un tentativo che il fondo dominante metta in opera per rendere a sè meno dispendioso l'esito dei prodotti propri; si potrà trattare d'una speculazione incipiente e che non abbia potuto ancora misurare con sufficiente approssimazione l'estendersi dei suoi traffici; si potrà trattare più che altro di una timidità finanziaria dell'intrapresa. Ma in fin dei conti, il tutto si riduce a non aver saputo o potuto misurar bene il fabbisogno dello stabilimento o della fabbrica oppure a non aver saputo avvisare ai mezzi sufficienti per sopperire ad un tale bisogno: in ogni caso la necessità del fatto s'impone e si deve terminare con un rapporto giuridico che comprenda tutte quante le manifestazioni inerenti all'attività industriale di quel dato stabilimento, per quanto concerne l'introduzione della materia prima e l'esportazione dei prodotti fabbricati.

Nè è a dubitarsi che l'acquisto dell'area occorrente alle operazioni più importanti per le quali si richiederebbe altrimenti uno sbocco nella via pubblica mediante il passaggio legale possa essere superfluo ai fini dello stabilimento industriale; perchè ad ogni modo, generalmente parlando, simili stabilimenti non sono neppure molto lontani dalla via pubblica, nè, per un complesso di circostanze che qui è inutile esporre in dettaglio, occupano un terreno considerevolmente esteso in confronto di quello che occupa l'industria agricola, per la coltivazione dei prodotti del suolo. Anzi d'ordinario tutta quanta la rete di comunicazioni dello stabilimento industriale, per lo sbocco nella pubblica via, suole ridursi ad una sola via abbastanza larga e che non di rado è anche ferrata ossia munita di rotaie per il passaggio dei piccoli convogli-merci destinati ad attaccarsi ai treni ferroviari delle pubbliche ferrovie per raggiungere il destino della propria esportazione. Si comprende del resto che, le industrie degli stabilimenti essendo d'ordinario più o meno ingombranti e del resto avendo d'uopo di un giuoco continuo di carico e scarico, mal si renderebbero tributarie della proprietà altrui mediante l'esercizio di un semplice diritto frazionario della proprietà, e per la libertà dell'esplicazione loro richiedereb-

Digitized by Google

bero un'autonomia maggiore anzi completa e intiera: autonomia che corrisponde per l'appunto a un diritto autonomo di proprietà.

Ciò non esclude che lo stabilimento, per alcune ragioni di piccolo servizio e non di vero e proprio sbocco dei prodotti, abbia bisogno del passaggio sul suolo altrui ed attui questo passaggio sotto forma di servitù prediale. In tal caso, questo rapporto vicinale di passaggio, necessario anch'esso, non presenterà alcunchè di diverso dagli altri passaggi che hanno luogo per ragione territoriale; p. e., in ordine alla coltivazione dei fondi rustici. Nè vi è alcuna differenza per ammettere questa piccola servitù accanto al grande sbocco che si attua *iure proprietatis* su terreno appartenente allo stesso proprietario dello stabilimento industriale.

46. A questa servitù fa riscontro in qualche modo l'*actus* dei Romani? Veramente l'*actus* riguarda non il passaggio del bestiame come ausiliario delle industrie, ma bensì come oggetto d'industria esso stesso. Quanto alla *facultas ducendi vehiculum*, sorge il dubbio se ed in quali casi ed in qual senso essa possa o debba comprendersi nell'*actus* ed all'*actus* assimilarsi. La parola *actus* vuol dire spinta innanzi, ossia lo spingere innanzi dei semoventi; ma per la spinta dei semoventi ci vogliono gli uomini che col vincastro o bastone o con qualsiasi strumento consimile abbiano a stimolarli e all'occorrenza punzecchiarli ancora. E fin qui nessuna difficoltà. Ma questi semoventi debbono andar senza carico, o possono anche essere adoperati col basto o col traino? In tal caso si tratta sempre di *actus* oppure si ha qualche altra figura giuridica? Se portano un carico, trasformasi per ciò la natura della servitù o resta sempre l'*actus* per quanto qualificato od aumentato? La difficoltà delle risposte aumenta anche per l'opera dei commentatori, i quali distinsero tra un *actus plenus* e un *actus minus plenus* e secondochè col bestiame e col conduttore del bestiame potesse transitare o no anche una vettura stretta in proporzione del sentiero di passaggio oppure anche una persona senza condurre il bestiame. E così man mano si venne perdendo il concetto rigoroso dell'*actus* ossia della condotta del bestiame come fine

Digitized by Google

a sè stessa e come contenuto di una figura indipendente. A questo riguardo è stata fatta la questione, già da noi svolta e trattata, di un *actus cum itinere* e di un *actus sine itinere* (§ 40); ma, al difuori di una tale questione e della sua risoluzione, resta sempre inteso che l'ossatura rigorosa dell'*actus* comporta e si direbbe forse anche meglio richiede la presenza dell'uomo, di uno o più uomini in quantità proporzionata a quella del bestiame da condurre, e cioè nè troppa nè poca in rapporto con la quantità del bestiame stesso.

Anche oggi si veggono mandre di bestiame che vanno al macello oppure si portano dal piano al monte o dal monte al piano; finchè percorrono la via pubblica, non può essere questione di servitù, ma può benissimo trattarsi di servitù allorchè attraversano con una certa frequenza territorio privato, come accade quasi sempre presso alle stazioni di allevamento o di custodia, e specialmente trattandosi di un'industria speciale la quale dia risultati periodici e richieda perciò un passaggio periodico anch'esso. Meno facile a concepire, sotto il punto di vista del contenuto della servitù, è l'uso e il passaggio di uno o più servi insieme col bestiame del cui *actus* si tratta; perciocchè il veicolo o vettura accenna già ad uno scopo diverso e maggiore di quello che riguarda il passaggio del bestiame considerato come puro e semplice passaggio di semoventi, magari condotti e spinti innanzi dal vincastro del pastore. Il passaggio del bestiame, lo ripetiamo ancora una volta, quanto alla sua strumentalità e considerato nella *patientia* del fondo sul quale si esercita, è un puro mezzo, inquantochè la finalità economica di un tale passaggio non si consegue nè si perfeziona nel fondo attraverso al quale il passaggio stesso ha luogo, ma si consegue al di là, quando cioè il bestiame sarà utilizzato nella sua utilizzazione finale; quanto poi al suo contenuto in tanto è fine a sè stesso, in quanto forma una costruzione giuridica di per sè stante la quale non abbisogna nè di complemento nè di supplemento che venga a trovarsi al difuori o al disopra del *minimum* dell'opera umana necessaria per serbare ordine e disciplina nei singoli capi del bestiame che deve passare. La servitù è sempre della categoria di quelle nelle quali il passaggio è un puro mezzo; inquantochè il fondo

Digitized by Google

che è gravato dalla servitù non è il luogo in cui è destinata a realizzarsi la portata o l'efficienza economica della servitù stessa, la quale si esaurisce allorchè il bestiame giunto alla sua destinazione è ivi utilizzato per gli scopi della destinazione stessa. Dunque, la perplessità dell'interprete, posti bene i limiti della servitù, consiste nel determinare se il veicolo sia o no necessario all'esplicazione della servitù, o, anche se non necessario, possa considerarsi come parte del contenuto nella servitù stessa.

Ricorrendo all'autorità dei testi, sembra che il fr. 1, Dig. 8, 3, di Ulpiano, riprodotto nel § 1 delle *Instit. giust.*, 2, 3, possa rimettere assai bene le cose a posto: *actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum*. È questione di saper leggere bene e nulla più; vi sono due qualità di *actus*, l'*actus iumenti* e l'*actus vehiculi*: sono due specie ben diverse. L'*actus vehiculi* è il passaggio del veicolo; sembra a prima vista una espressione impropria, perchè il vero *actus* del veicolo sembrerebbe l'atto dello strascinare semplicemente il veicolo per introdurlo da una parte all'altra, per condurlo forse alla sua destinazione permanente, più che non sia per farne uso aggiogandovi un cavallo o un giumento. Ma la distinzione sarebbe inopportuna ed anche priva di sottigliezza vera: l'*actus vehiculi* ha lo scopo di trasportare il veicolo stesso da una parte all'altra: certamente non perchè la finalità di un tale trasporto resti esaurita nel fondo serviente stesso, ma perchè vada ad esplicarsi al difuori di questo fondo che è soltanto una zona di attraversamento e non già un luogo da percorrersi innanzi e indietro del continuo *delectationis causa* o per domar puledri o per altro scopo che implichi una continuazione o ripetizione di atti contestuali. Ma se io nel mio fondo posseggo un carro e uno o più giumenti e intendo attraversare il fondo vicino per uscire sulla via pubblica col carro vuoto, io non intendo far altro fuorchè attraversare il fondo del vicino col giumento e col carro; io esercito un semplice *actus*, ma non del giumento o non soltanto del giumento, bensì e del giumento e del carro; e soprattutto del carro se è il carro quello che io intendo trasportare dal mio fondo ad una parte più o meno lontana oltre il fondo del vicino, oppure da questa parte al fondo mio

Digitized by Google

attraverso quello del vicino stesso. In tal caso i semoventi adoperati per il trasporto del *vehiculum* costituiscono un semplice mezzo e una parte tutt'affatto secondaria nell'esercizio dell'*actus vehiculi*, poichè il veicolo potrebbe essere anche trasportato a spalle e a braccia d'uomini. E pare persino strano che i commentatori, con tutto il fardello della loro abbondante immaginazione, non siansi fino ad ora sufficientemente fermati a considerare il valore della disgiuntiva *vel* posta tra *iumentum* e *vehiculum* per determinare appunto come possa trattarsi di due servitù aventi contenuto diverso ed efficienza diversa l'una dall'altra. L'*actus iumenti* è dunque una cosa e l'*actus vehiculi* è una cosa diversa; nè è a dire che come può *agi vehiculum* così possa *agi* qualsiasi altro mobile, perciocchè nel *vehiculum* vi è questo di particolare, che, avendo esso ruote, può essere trascinato benissimo da una parte all'altra come se si trattasse di un semovente; con la differenza che il semovente ha una volontà propria che il *vehiculum* non ha. L'azione meccanica si rassomiglia, perchè nell'attraversamento di una via o di uno spazio qualsiasi le ruote esercitano un'azione molto analoga a quella delle gambe del semovente; in entrambi i casi nè il semovente nè il mobile si trascinano per intiero in tutta la loro superficie attraverso allo spazio destinato per il transito, ma vi si trascinano a mezzo delle parti che servono di sostegno al rispettivo loro corpo. Per questo è possibile l'*actus vehiculi*, perchè il *vehiculum* è un mobile speciale e per la sua ossatura adatto all'*agi* ossia ad una funzione diversa dal trascinamento completo di tutto un corpo mobile che non sia fornito di speciali congegni per agevolarne le mosse di trasferimento da una parte all'altra. Il giureconsulto romano non esplica, è vero, il suo concetto su di un tale ordine di idee; ma il suo silenzio non significa già che la nostra spiegazione sia arbitraria o meno che esatta; soltanto il caso in cui si veniva ad applicare la teoria doveva esser raro e pochissimo frequente. E poi vi era sempre la limitazione dell'*actus* rispetto all'*iter* sotto il punto di vista della larghezza del percorso; questa limitazione riguardava tanto l'*actus* degli animali o semoventi, quanto l'*actus* dei mobili. Perciò si dice che l'*actus* può estendersi ai veicoli, purchè

Digitized by Google

lo comporti la larghezza del sentiero concesso per la condotta del bestiame; senonchè l'espressione è inesatta, inquantochè sembra che anche in tal caso si faccia capo alla condotta del bestiame e che l'*actus iumenti* sia *plenus* coll'*actus vehiculi*, al qual veicolo il giumento sia destinato come mezzo di trazione.

Ma quanto una tale costruzione sia inesatta e arbitraria risulta per le cose dette; inquantochè l'*actus vehiculi* sta a sè e indipendentemente dall'*actus iumenti*, come risulta chiaramente dal *vel* adoperato nel testo, e perciò, se vi è una limitazione di larghezza nel sentiero che si percorre, questa limitazione non è già assegnata all'*actus vehiculi* in quanto l'*actus vehiculi* sia accessorio all'*actus iumenti* nè viceversa, ma sta in un caso e nell'altro per egual ragione senza nessun rapporto di complemento o d'influenza reciproca. Questo per la costruzione indipendente dalle due figure; senza però escludere che molte volte esse siano congiunte l'una coll'altra magari in una finalità unica e senza porre in dubbio che l'unità dello scopo sotto un certo punto di vista serva ad unificare la contemporanea pluralità dei mezzi. Ora è evidente che tuttociò non autorizza a confondere le due figure, allorchè nel loro contenuto si presentano come distaccate e allorchè hanno funzionalità distinte oppure l'una di esse sussiste senza l'altra e dell'altra non ha punto bisogno per estrinsecarsi. E come vi ha l'*iter cum iumento* e l'*iter sine iumento*, secondo il fr. citato delle *Istit. giust.* che espongono il concetto in forma tutt'affatto scolastica, così può darsi l'*actus cum iumento* e l'*actus sine iumento;* la costruzione non offre difficoltà di sorta nè nell'uno nè nell'altro caso e le cose procedono in entrambi agevolmente per il loro verso con eguale nitidezza di ragionamento. E sarebbe ben malagevole il voler raccogliere una sufficiente dose di obbiezioni per combattere queste risultanze; specialmente allorchè si tenga ferma la distinzione tra l'*iter* e l'*actus* sotto il punto di vista quantitativo e come estensione di facoltà, le quali, dal più al meno, su per giù sono della stessa natura e della stessa indole. Tenendo ferma questa distinzione, lo *ius agendi vehiculum* rimane sempre di una entità minore dello *ius itineris cum vehiculo*, e, per la finalità diversa, quasi

Digitized by Google

sempre si presenta come un diritto di meno frequente attuazione.

V'ha nel diritto moderno una figura nella servitù per trasporto di mobili o di semoventi, la quale abbia qualche attinenza o qualche punto di somiglianza coll'*actus* dei Romani? Il nostro Codice civile non ha creduto di diffondersi nella estrinsecazione delle fattispecie diverse di servitù; ed ha fatto bene, perchè, mentre da un canto sarebbe stato pericoloso riprodurre il sistema romano delle servitù tipiche, dall'altro canto il Codice stesso non avrebbe potuto cavarsela, come fece, con un numero relativamente limitato di articoli e avrebbe rischiato di cadere in parecchie omissioni; tenuto conto del grande sviluppo che oggi questi rapporti hanno assunto grazie all'accresciuta importanza delle industrie e dei commerci. Pur tuttavia ad alcune tra le principali servitù si accenna, ma non certamente coll'intenzione di costituirne delle servitù tipiche o di riconoscere in esse il carattere di tipi. Conviene tuttavia confessare che questa servitù per trasporto di mobili e di semoventi non è delle principali neppure tra le discontinue; nell'uso delle campagne è rarissima; nell'uso delle città è altrettanto rara, perchè, come si è detto, i grandi stabilimenti non vogliono avere impacci o limitazioni per parte dei vicini e quindi si forniscono di tutta la superficie necessaria alla loro attivazione ed ai loro accessori. Nelle campagne talora tuttavia si dànno allevamenti di bestiame su vasta scala oppure zone intiere di territorio sono adibite alla pastorizia. Ma spessissimo il bestiame nel suolo in cui si trova ha tutto quanto serve alla sua vita quotidiana, e per alimenti e per abbeveramento e per stallaggio. Talora però, in alcune campagne, lo stallaggio è lontano dalla pastura e sul terreno della pastura si trovano al più dei semplici luoghi di rifugio contro le intemperie, le pioggie, p. e., e gli uragani. In questa ipotesi necessita al bestiame di fare tutti i giorni, nel recarsi alla pastura e nel tornare dalla pastura, una certa via intermedia che può essere la strada pubblica, ma può anche in parte essere una proprietà privata, sulla quale ogni giorno viene così ad esercitarsi la *servitus actus vel pecoris ad pabula adpulsus* se si tratta di pecore; ed allora questa periodicità di passaggio

Digitized by Google

può dar luogo ad un rapporto fisso o permanente che meriti di essere sistemato per legge civile e che anche in linea concreta presenti una certa importanza. Nè è a dirsi che, siccome il gregge d'estate si trova al monte e d'inverno al piano, una tale periodicità di passaggio risulti sensibilmente attenuata; perchè la periodicità vi è sempre, quantunque rimanga limitata per ragione di tempo. Ma la durata della stagione è tale, che non sempre può supporsi debba esistere per buona grazia ossia per graziosa concessione del proprietario o proprietari del fondo o fondi attraversati una tal facoltà di attraversamento a titolo precario ossia come concessione sottoposta a revoca secondo il beneplacito del proprietario o proprietari del fondo o fondi servienti; anche perchè è interesse del proprietario del fondo dominante e del gregge che pascola, di sistemare in modo durevole questi cosiffatti rapporti di transito in modo che divengano regolari e che su di essi si possa fare assegnamento permanente. Non di rado potrà anche darsi che un lungo uso abbia reso sistematico il fatto; ma, poichè si tratta di servitù discontinua malgrado la ritmica periodicità del suo esercizio, evidentemente la prescrizione non potrà essere addotta come mezzo d'acquisto e converrà sempre ricorrere al titolo per avere una vera e propria regolarità giuridica. Oltre a ciò deve sempre notarsi che si tratta di servitù prediale solo allorquando questo rapporto è stato posto in considerazione della vicinanza o della diversa produttività dei due fondi; di quello cioè al quale appartiene il gregge come accessorio e di quello in cui ha luogo il pascolo. Altrimenti il rapporto, quantunque non cambi di finalità, apparterrebbe ad una diversa costruzione giuridica; potrebbe essere affitto d'uso periodico o affitto di passaggio, concessione graziosa, anche vincolo reale nell'ipotesi più grave, ma non mai servitù prediale ossia servitù destinata a regolare i rapporti tra fondo e fondo, a stabilire una posizione od un negozio subordinato ad una causa perpetua ossia ad uno scopo il cui fine non è in prevedibilità iniziale, perchè non ci debbono essere elementi i quali accennino ad una tale prevedibilità e da questa prevedibilità dipendano.

Digitized by Google

Se si tratta di passaggio che intervenga una sola volta l'anno in occasione dell'estatura o della svernatura, la cosa può essere così poco significante, da risolversi in un semplice rapporto di buona creanza ossia di *comitas;* ed allora il diritto sarebbe come un intruso ed ogni regolamento giuridico dovrebbe ritenersi fuori posto. Se invece si tratta di una periodicità frequente ed evidente, non vi è modo di esimersi dalla configurazione giuridica, che sarà di servitù prediale quante volte sia il caso di un rapporto tra fondo e fondo e non esista un semplice riguardo personale nè un semplice impegno di obbligazione. Questo aspetto è importantissimo non solo per caratterizzare dal suo contenuto il rapporto che cade sotto l'esame del giurista, ma anche per determinare l'azione che deve attuarsi per dare adempimento al rapporto stesso, allorchè specialmente esso sia violato da una delle due parti, oppure quando una delle due parti in qualsiasi modo resista apertamente o subdolamente alla conservazione e sviluppo del rapporto suddetto. Non vi è però nella economia del diritto alcun insegnamento, e molto meno prescrizione, perchè il rapporto abbia ad essere piuttosto personale che reale, oppure perchè possa essere reale anzichè personale; il tutto dipende sostanzialmente dalla volontà delle parti e dal modo com'esse interpretano il fabbisogno pratico per un caso determinato. Il diritto non fa che interpretare una tale volontà e dar i mezzi opportuni per l'adempimento di essa.

Una difficoltà può sorgere nella diagnosi giuridica del rapporto; e cioè che si tratti di una figura costituente una qualificazione *de persona ad rem,* come quasi si dicesse che il gregge appartenga alla persona del suo proprietario e in quanto debba alimentarsi sia l'obbietto di un'obbligazione. E per vero, può anche ammettersi che il gregge costituisca un'industria del tutto indipendente da qualsiasi fondo, una speculazione indipendente da ogni industria accessoria all'agricoltura, un'intrapresa a sè e rispondente ad una finalità propria. Che in tal caso l'azione la quale costituisce il contenuto del rapporto giuridico si esplichi su di un fondo, è circostanza che non toglie affatto all'eventuale caratteristica del rapporto personale; avvegnachè, se pur vi ha una relazione funzionale *de persona ad rem,* questa relazione è mediata,

Digitized by Google

ossia si svolge per mezzo della greggia; e del resto è quasi indifferente che sia adibito al pascolo quel dato fondo anzichè un fondo vicino il quale offra presso a poco la stessa forza produttiva del fondo che attualmente si adopera. Generalmente, non vi è tale una ragione di vicinanza nello stabilimento di un tal rapporto giuridico, che una ragione presso a poco eguale non siavi nell'adoperare qualche altro fondo finitimo che sia produttivo di pascoli; talchè la realtà del rapporto, in fin dei conti, si riduce a ben poca cosa e diviene quasi impercettibile di fronte all'interesse personale e all'indole prettamente obbligatoria del rapporto giuridico. Oltre a ciò, anche se la persona del proprietario del gregge fosse posta in rapporto colla cosa, ossia col fondo sul quale si tratta di esercitare il pascolo, ciò non basterebbe a caratterizzare senz'altro il rapporto reale.

In tale ipotesi verrebbe in campo l'antica questione sui rapporti d'indole mista che si avvicina un poco apparentemente ai rapporti reali; ma una tale costruzione ha ormai veduto dichiarare pienamente la sua bancarotta; tanto che i tentativi per riuscire a qualche risultato su questo campo figurano piuttosto come ricordi di antiche dispute di scuola, che non come indagini dovute a necessità effettive della pratica oppure a buone ragioni teoriche e a quesiti di necessaria soluzione e la cui difficoltà non possa evitarsi in modo alcuno. Ma, se il dubbio poteva essere ammissibile nei tempi addietro, oggi non lo è più, dato lo sviluppo autonomo delle industrie e la limitazione dell'industria agricola che ha cessato di essere assorbente come una volta. Oramai dall'agricoltura si sono emancipate molte industrie, prima considerate come accessorie del capitale-terra; e a quest'emancipazione non rimane certamente estraneo neppure l'ordine giuridico. Epperò molte parti del vecchio edifizio sono crollate: molte crolleranno e resterà la necessità di considerare ogni rapporto obbiettivamente di per sè, senza sforzarne il significato o la portata o l'indole, senza piegarlo su modelli e senza sforzarne l'adattazione per desiderio di classifica. Il carattere del rapporto non è di necessità sua reale; ed, anche se concepito a contenuto reale, non riveste il carattere di una servitù prediale, se pure non ha attinenza a due fondi vicini,

Digitized by Google

per le ragioni della loro stessa vicinanza, così imprescindibilmente che altro fondo vicino non possa essere adibito per le stesse funzioni in sostituzione o in rimpiazzo del fondo di cui si tratta. Tutte le volte che manca questo rapporto tra i fondi in parola, manca altresì il fondamento sostanziale della servitù, nè può trattarsi di un rapporto assimilabile alla servitù stessa, quasichè non si trovasse altra categoria più adatta dove classificarlo traendone il profitto inerente alla sua portata giuridica tutta intiera. Ciò non toglie peraltro, che, sotto qualsivoglia aspetto lo si voglia considerare, si tratti di un rapporto giuridico prevalentemente rustico o rurale; poichè il passaggio del bestiame per le città ossia per le vie pubbliche è regolato dalle disposizioni regolamentari e non dal Codice civile, e non v'ha convenzione privata che serva a modificarlo. Oltre a ciò un tal passaggio per la città, di regola, non avviene che una o due volte l'anno; e cioè quando si tratta di portar le gregge dal piano al monte oppure di riportarle dal monte al piano. Ma, dove il rapporto è sensibile e richiede l'esplicazione di un vero e proprio regolamento giuridico, si è nelle campagne stesse, allorchè si tratta di esercitare giornalmente questa funzione di passaggio e attraversamento; poichè in tal caso non solo si ha una certa frequenza e regolarità periodica dell'attraversamento, ma è d'uopo anche considerare che la greggia, passando, se non attraverso, per lo meno assai davvicino a terreni coltivati, può cagionare dei danni non indifferenti alla coltivazione, specialmente allorchè il servizio di custodia e di accompagnamento del gregge stesso non sia disimpegnato con la debita accuratezza. Ognuno sa infatti che le pecore sono portate a mangiare i tralci delle viti e non solo le erbe, e quanta sia la ghiottoneria loro e come persistenti nel tornare a quel pasto, contuttochè ne siano continuamente proibite e rimosse; e basta aver visto una greggia al pascolo per avere osservato la tendenza dei singoli capi che la compongono piuttosto allo sbandamento anzichè all'unione e alla compattezza. La conseguenza di ciò è che, se il rapporto di fatto non fosse in qualche modo regolato soddisfacentemente per entrambe le parti, si vedrebbe indi comparire peggiorato sotto forma di domande di risarcimento posteriori al danno.

Digitized by Google

47. L'*actus* dei Romani è dunque la figura alla quale più si approssima la servitù per il trasporto dei mobili e dei semoventi, specialmente poi quest'ultima. Essa applicavasi tanto alla *traiectio armentorum* quanto alla *traiectio iumentorum:* intendendosi per *iumenta* i capi di bestiame grosso e per *armenta* i capi di bestiame minuto; e cioè per *iumenta* i *boves*, i cavalli, i muli e in genere tutte le bestie da tiro e da soma, e per *armenta* il *pecus*, le *greges pecorum* o *pecudum*, le capre, i montoni e via dicendo. Secondo la nozione di MODESTINO in l. 12, Dig. 8, 3, i *iumenta* sembrerebbero esclusi perchè non nominati; mentre secondo la l. 6, Dig. *eod.*, la concezione ulpianea condurrebbe all'inclusione dei *iumenta* e alla esclusione degli *armenta*. GIUSTINIANO, nelle sue *Istit.*, II, 3, pr., si appropria il concetto ulpianeo nominando i *iumenta* e tacendo degli *armenta:* senonchè a proposito di questo silenzio si osserva che, quando è ammesso il più (*iumentum*), implicitamente si ammette anche il meno (*armentum*). A nostro modo di vedere, non ci deve essere difficoltà ad ammettere l'*actus* tanto per gli *armenta* quanto per i *iumenta*, indistintamente; e ciò quantunque ULPIANO in l. 38, § 4, Dig. 21, 1, tenesse ferma la distinzione tra *armenta* e *iumenta*. Quanto all'estensione delle facoltà pratiche di transito contenute nell'*actus*, in diritto romano non si hanno testimonianze sicure. Infatti per la larghezza del sentiero noi siamo costretti a fidarci della testimonianza di VARRONE (1) e d'ISIDORO (2), autori non giuristi, i quali ne fanno la larghezza di quattro piedi, vale a dire di quattro palmi ossia di sedici digiti. Però la determinazione di questa o di altra larghezza fissa resterebbe esclusa da un frammento di GIAVOLENO costituente la l. 13, § 2, Dig. 8, 3, e secondo il quale o le parti si mettono d'accordo su questo riguardo, oppure si deve nominare un arbitro per la determinazione della larghezza stessa. L'arbitro naturalmente terrà conto di tutte le circostanze; e cioè così della situazione dei luoghi, come della qualità e numero dei capi di bestiame che sono ammessi al passaggio, come anche della stagione in cui deve esercitarsi

(1) *De lingua latina*, lib. IV, cap. 4.
(2) *Originum* lib. XV, cap. 15.

Digitized by Google

l'*actus* o della peggiore tra le stagioni dell'anno se l'*actus* deve esercitarsi per tutto l'anno. Sono tutte le circostanze del fatto che debbono contribuire a determinare l'arbitro nella sua valutazione della larghezza del sentiero destinato all'*actus*. Quanto alla lunghezza del sentiero stesso, evidentemente, trattandosi di accedere al luogo del pascolo, si sceglierà la via più breve, compatibilmente colle ineguaglianze del suolo o cogli impedimenti che il territorio può presentare per il transito. Ma la difficoltà maggiore, nell'interpretazione delle disposizioni romane, consisteva nel risolvere così per l'*actus* come per l'*iter* e la *via* a chi spettasse la determinazione del luogo su cui dovesse correre il sentiero. E allora si decise che la scelta spettasse a chi esercitava il diritto alla servitù e non a chi della servitù doveva soffrire l'esercizio; e ciò in base della massima di diritto che *totus fundus servit*. Ma questa scelta doveva farsi *civiliter*, ossia economicamente e senza inutili danneggiamenti al fondo che serviva. Quindi si deve cercare di risparmiare i luoghi coltivati, cioè vigne, porzioni semenzate, oliveti, frutteti, ecc. Ma dunque dove dovrà farsi passare il gregge se si tratta di un fondo completamente coltivato? L'ipotesi naturalmente regge fino a che non si tratta di coltivazioni intensivamente emulative, fatte cioè dalla parte tenuta alla prestazione della servitù allo scopo principale, se non esclusivo, d'impedire l'esercizio della servitù stessa: poichè in tal caso l'economia generale del diritto deve provvedere col divieto degli atti emulativi, allorchè questi atti producano effettivamente un danno all'altra parte. Posto dunque che atti emulativi non vi siano, anzitutto è logico che si debba cercare di utilizzare il sistema dei sentieri e delle strade già esistente nel fondo che serve, per le necessità culturali del fondo stesso e per la sistemazione delle comunicazioni in esso: non di rado la stessa rete preesistente nell'interno del fondo serviente basterà anche per il passaggio del bestiame che va al pascolo, ed allora non vi è nulla da fare per dare al fondo dominante la possibilità dell'esercizio della servitù, fuorchè tollerare del tutto passivamente che la greggia passi per questi sentieri o per quelli tra questi sentieri che conducono più direttamente e nel tempo stesso più convenientemente al pascolo. Ma, se la

Digitized by Google

rete o sistemazione dei sentieri preesistenti nel fondo non si presta al transito del gregge o del bestiame, allora è d'uopo che si stabiliscano vie adatte e sufficienti a quest'uopo nel fondo serviente.

Nella l. 9, Dig. 8, 1, CELSO, parla di *via* attraverso il fondo altrui acquistata per atto tra vivi o per atto di ultima volontà; e dichiara che in tal caso *in infinitum*, ossia per ogni parte del fondo, *ire agere licebit*, ma *civili tamen modo*, poichè *non per medias vineas ire agere sinendum est.* Ma GIAVOLENO in l. 13, Dig. 8, 3, dichiara che, *non adiecta latitudine, iri poterit qualibet* e che *per totum fundum una poterit eligi via;* nel caso di dubbio doversi ricorrere all'ufficio dell'arbitro. Viceversa, PAOLO (1) lascia facoltà all'erede di costituire la servitù per quella parte del fondo che egli preferisca e al legatario soltanto se non vi è *captio hereditaria.* Peraltro le opinioni di GIAVOLENO e di PAOLO meritano di essere interpretate nel loro vero significato: poichè *electa una via*, fra tutte le vie possibili nel fondo, non è ammissibile che poi si cambi capricciosamente strada da un momento all'altro rovinando così tutto il fondo serviente ora per una ed ora per altra parte; altrimenti si entrerebbe senz'altro nel campo degli atti emulativi il cui divieto è generale e speciale. Se infatti *omnes glebae* del fondo serviente *serviunt* (2), non è per questo men vero che una *determinatio* è necessaria e deve operare necessariamente come qualsiasi concentrazione di un diritto nelle facoltà che ne costituiscono l'effettuazione pratica, quale che sia esso diritto. Chiaramente poi dice CELSO (3) che, *qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet;* salve, ben s'intende, le regole generali relative allo spostamento del *locus serviens* e delle quali si tenne proposito nella parte generale di questo trattato. L'*electio viae* è dunque un momento giuridico, nel quale l'*ire agere in infinitum*, che prima esisteva in potenza, è passato nella categoria dei fatti compiuti, o, per dir meglio, è passato nella categoria di eliminazione passiva

(1) L. 26, Dig. 8, 3.
(2) L. 13, § 1, Dig. 8, 3.
(3) L. 9, Dig. 8, 1.

Digitized by Google

e non può avere più alcuna influenza nel regolamento del rapporto giuridico, di cui oramai abbiamo potuto constatare la concentrazione avvenuta. Chi volesse sostenere, d'altro canto, la perennità e la persistenza dell'*agere in infinitum* malgrado l'avvenuta concentrazione del relativo diritto reale urterebbe contro i principî più ovvii e si metterebbe in contraddizione col buon senso.

Ed è evidente del pari che, se è stata prescelta una strada od un sentiero per il passaggio del bestiame o del gregge, non si può più cambiare strada o sentiero, *rebus sic stantibus:* ogni cambiamento porterebbe una perturbazione dannosa, un rimescolamento molesto di diritti e di situazioni, un disquilibrio economico e pratico, un riflesso innovatore sulla sistemazione del fondo sottoposto a servitù. Viceversa, se la quantità dei capi di gregge e di bestiame da far transitare è variabile, facoltativamente in chi esercita il diritto alla servitù, col variare di quella quantità può naturalmente variare altresì o il percorso (in rapporto coll'estensione dei pascoli) o l'ampiezza del sentiero destinato al passaggio stesso; la qual soluzione non urta punto col divieto di mutare il *locus serviens* in questa stessa servitù. Non è che mestieri di calma per poter da tutti questi principî e regole di condotta ricavare un sistema unico e adatto a sciogliere le più intricate posizioni di fatto, con risultati ai quali non potrebbe giungere una sola regola isolatamente od irrazionalmente e troppo esclusivamente applicata. Ma se, nell'attuazione pratica dell'*actus*, si deve utilizzare necessariamente un terreno vignato, è ammesso che questo si faccia, oppure resta escluso l'esercizio della servitù? CELSO nel rispondere non prevede la necessità assoluta che l'*actus* abbia luogo attraverso alle vigne; se avesse potuto prevedere una tale ipotesi eccezionale, egli certamente avrebbe risoluto il quesito in senso affermativo, ossia a favore dell'ammissibilità del transito, qualora il relativo diritto avesse sufficiente base legittima, o per contratto o per testamento. Del resto, quale altra risoluzione avrebbe potuto prendere, che contraria non fosse all'esistenza stessa della servitù? D'altro canto, sacrificare la servitù per le vigne o per altra coltivazione importante o proficua sarebbe stato come contravvenire alla

Digitized by Google

volontà di chi della servitù stessa poteva disporre, o come render vana la volontà stessa.

Una disposizione di legge che a questo conducesse per ragioni d'interesse privato e non per ragioni di pubblico interesse verrebbe a sostituirsi assai malamente alla volontà delle parti interessate e quindi peggiorerebbe la condizione di fatto. Laonde, per il suo scopo, sarebbe una legge antigiuridica e per conseguenza arbitraria. Evidentemente non bisogna confondere il principio del minimo mezzo atto a conseguire un fine col principio della proibizione ed esclusione assoluta di uno od altro mezzo, di uno od altro percorso della via o sentiero che dir si voglia, neppure in quei dati casi o in quel dato caso in cui la giurisprudenza romana era proclive a stabilire una massima che potrebbe esser presa come assoluta ma tale non fu certamente. Siamo poi anche intesi che, dato il progresso attuale anche nell'agricoltura, la vigna oggi non ha sempre quel valore che aveva o poteva avere presso i Romani giusta le condizioni e il sistema della loro agricoltura. Ma la vigna impressionava soprattutto il giureconsulto per l'abitudine che, come si è detto, pecore e montoni hanno di cibarne le foglie; la qual cosa è di sommo pericolo, specialmente allorchè si tratta di viti basse quali sovente si usano. Del resto, se pure la necessità costringe al passaggio del bestiame tra le viti, il mandriano che lo conduce deve adoperare anzi prestare, giuridicamente parlando, la sua maggiore diligenza allo scopo che si eviti ogni danno e che le pecore più intraprendenti e indisciplinate obbediscano alle percosse, se non bastano i cani, del suo vincastro.

Ma si domanda ancora chi debba provvedere alla sistemazione del suolo in guisa che esso si presti all'esercizio della *servitus actus?* In parecchi casi una simile domanda potrà dirsi superflua, perchè il fondo attraversato ordinariamente possiede una rete di strade interne o viottoli per tanto almeno che basti al passaggio dei lavoratori, degli arnesi da lavoro e dei carichi di prodotti. In tutta questa rete facilmente vi saranno strade sufficienti e adatte per il passaggio del bestiame di cui si tratta fino al luogo della pastura; nè è a dire che la greggia abbia d'uopo (le pecore in ispecie

Digitized by Google

che sono anche abituate ai luoghi di montagna) di vie molto comode o molto bene sistemate. Per le pecore, si potrebbe ammettere il transito magari anche sulle zolle: i buoi, come più pigri ai movimenti e più appesantiti nei loro corpi, hanno forse d'uopo di maggiori comodità o agevolezze per non cadere a terra e rompersi le gambe o le costole. I villici che accompagnano il gregge però, grosso o piccolo che sia, non sono usi a soverchie delicatezze: per essi attraversare un terreno ineguale e accidentato non costituisce così grande incomodo come potrebbe costituire per gente più fina. Ma poniamo pure che la strada abbia d'uopo di accomodi o che addirittura debba formarsi *ex integro* perchè sia impossibile a bestiame grosso di attraversare zolle forti e dure di terreno cretoso o calcareo: poichè, se si trattasse di terreno argilloso, l'inconveniente sarebbe forse meno grave. Allora verrebbe fuori la solita questione, a chi incomba l'onere di porre il fondo serviente in condizione da prestare il suo servizio ossia da prestare il passaggio al gregge che deve transitarvi. E già fu detto che *nemo ad factum cogi potest* e più specialmente, quanto all'*onus refectionis* ed a proposito di questo, che la regola generale consiste nell'addossare questi pesi a persona diversa dal proprietario del fondo serviente; se pure non vi è un patto espresso in contrario. Confessiamo peraltro che i ragionamenti da noi esposti in linea di principio generale non trovano quasi mai la loro applicazione nel caso della *servitus actus*, come non la trovano in quello della *servitus itineris*. E ciò dipende dalla ragione abbastanza semplice, già pure addotta: che nel fondo serviente deve già trovarsi una rete di strade o di stradelle per servizio del fondo stesso; e che queste strade o stradelle possono d'ordinario prestarsi anche per il transito del bestiame che si deve condurre al pascolo. Allora la posizione è abbastanza semplice: non vi è nulla da fare; al più si tratterà di praticare qualche riparo laterale al sentiero appunto per supplire alla eventuale insufficienza di custodia da parte del mandriano. Ma questa precauzione è forse superflua e il proprietario del fondo dominante può schermirsene significando al proprietario del fondo serviente che, se desidera maggiori cautele, se le paghi da sè e vi adempia a sue spese e con suoi operai; altrimenti faccia i patti chiari, se si tratta

Digitized by Google

di servitù convenzionale. Evidentemente, anche quella piccola manutenzione che queste strade possono richiedere per essere atte all'esercizio della servitù restano assorbite nelle maggiori o certo non minori che occorrono per mantenere la stessa rete stradale per gli usi agricoli del fondo serviente. Altrimenti, se cioè si dovette praticare un sentiero apposito, e se il contratto non addossa al proprietario del fondo serviente le spese della manutenzione del sentiero stesso, quelle spese vanno a carico del proprietario del fondo dominante senz'altro. Evidentemente l'incomodo per i lavori da compiersi sul fondo serviente debbono essere tollerati dal proprietario di quel fondo stesso e formano parte di tutto quanto il contenuto della servitù; nè vi è luogo a risarcimenti, fino a che ed in quanto si tratta di lavori necessari per l'esercizio della servitù. Se però l'esercente il diritto alla *servitus actus* si pone in mente di defatigare o di danneggiare il proprietario del fondo serviente più oltre che non richiegga la necessità dell'esercizio della servitù, in tal caso opera come sempre il divieto degli atti emulativi e il giudice è chiamato a mettere a posto tutti gli interessi in base alla legge del minimo mezzo, se pure non sia aperta la via ai risarcimenti, anzi prima che si senta il bisogno di ricorrere a questo mezzo riparatore. Quanto ai risarcimenti, la loro gradazione e varietà può essere svariatissima e quasi senza limiti: di essi deve trattarsi per ogni caso singolo e senza decampare dalle regole generali di responsabilità civile e dalle ordinarie applicazioni di queste regole. Di questi danni che sono dipendenti dall'esercizio e dalla manutenzione della *servitus actus* taluni sono risarcibili ed altri no: risarcibili sono quelli soltanto i quali esorbitano dal campo della servitù strettamente considerata e da quel campo invadono rapporti di proprietà piena ed autonoma, ai quali non si deve estendere la limitazione imposta dalla servitù, se pure non si entra nel campo dell'abuso e dell'eccesso dei mezzi e quindi nell'ordine delle proibizioni giuridiche. Se vi è abuso non solo si può chiedere il risarcimento, ma può anche pretendersi che l'esercizio della servitù sia ridotto nei suoi giusti confini e che sia mantenuto l'esercizio della proprietà nelle proporzioni del relativo diritto. Non già che l'abuso della servitù ne porti la perdita anche per la parte che non si

Digitized by Google

risolve in abuso; ma certamente, pur restando in piedi la parte riconosciuta siccome lecita e legittima, deve cadere l'altra parte che sia stata constatata abusiva. Certo anche in questo genere di servitù, il possesso o quasi-possesso non manca di esercitare la sua influenza; nel senso che, allorquando da molto tempo sia radicato un determinato esercizio della servitù, in una determinata estensione, sia d'uopo mettere le cose in chiaro anche sotto il punto di vista possessorio. Ed anche sotto questo punto di vista è da considerarsi un eventuale cambiamento del luogo serviente nel caso che il proprietario del fondo sul quale il transito ha luogo trovi comodo di cambiare la direzione e il percorso del transito per ragioni della coltivazione del suo fondo stesso. Supponiamo che in tal caso il proprietario del fondo dominante trovi poco conveniente di fare passare la greggia per una strada diversa da quella finora percorsa e protesti e insista nel chiedere che si mantenga per suo comodo il vecchio percorso o sentiero di cui l'altro intenda disfarsi *iure proprietatis*. Veramente qui anzitutto deve notarsi che la legge del minimo mezzo, per quanto ordinariamente costituisca una limitazione nell'esercizio della servitù, tuttavia può anche manifestare una certa efficacia nei rapporti col proprietario del fondo serviente, per i rapporti inerenti al diritto di proprietà. A colui che esercita lo *ius agendi* si può dal proprietario del fondo serviente prescrivere la via più breve per raggiungere con la sua greggia la località destinata al pascolo o all'abbeveraggio della greggia stessa; ma il proprietario del fondo dominante non può pretendere che gli sia prestato il percorso più breve, quando addirittura non s'intenda dall'altra parte di render vano il suo diritto con una serie di giri viziosi o tortuosi. In questo senso la legge del minimo mezzo sta un pochino a limitare anche l'esercizio dello *ius proprietatis* sul fondo serviente: tanto più ancora, allorquando nelle speciose offerte del proprietario del fondo serviente in ordine al percorso dove esercitare la servitù si vede la traccia evidente dello scopo di emulazione e del desiderio di defatigare l'altra parte con tergiversazioni defatigatorie. Allora si può dire al proprietario del fondo serviente che, se pure non è prescritta nè indispensabile la prestazione della via più breve, tuttavia non è ammis-

Digitized by Google

sibile che lo *ius agendi* si riduca ad un'operazione soverchiamente incomoda e disagevole. In una parola, il proprietario del fondo dominante non si deve trovare indifeso e senza protezione alla balìa del proprietario del fondo serviente; permodochè sia costretto a raccoglier le briciole che restano dopo l'utilizzazione del fondo *iure proprietatis*. Che si dovrebbe dire infatti nel caso in cui il proprietario del fondo serviente riservasse per l'*actus* un sentiero strettissimo incassato tra il monte e il burrone, per lo specioso motivo che questo sentiero si trovasse lontano il più possibile dal fondo coltivato? Si direbbe che è troppo e che non conviene portar la cosa al punto che la greggia rischi di precipitare per il burrone coi suoi stessi conduttori; che l'esercizio della *servitus actus* in tal caso sarebbe quasi illusorio e impossibile, che si comincia ad entrare nel campo dell'emulazione e del dispetto uscendo dai termini della buona fede e anche un poco da quelli della serietà. Viceversa, il proprietario del fondo dominante non avrebbe da lagnarsi, se, piuttostochè assegnargli la via diritta per recarsi al pascolo, gli si assegnasse una via obliqua, non addirittura stemperata in giri viziosi, ma ad ogni modo alquanto lontana dalla più breve; massime allorchè la ragione di un tal deviamento dalla linea retta fosse spiegata e corrispondesse ad una giusta utilità nella coltivazione del fondo serviente. In tal caso si dovrebbe ammettere l'assegnazione di una tal via, la cui maggiore lunghezza non importerebbe così gran danno al proprietario del fondo dominante, da rendere inutile o illusorio l'esercizio della *servitus actus*. Ma, se la via fu destinata con un percorso più breve e poscia un tal percorso si vuol cambiare, di fronte ad una nuova e cambiata destinazione del territorio del fondo serviente, la risoluzione del quesito diviene un po' più difficile. I testi romani dicono che, scelta una via, questa non si può cambiare; ma intendono riferirsi all'arbitrio del proprietario del fondo dominante, considerato in rapporto al principio che *totus fundus servit* e che su di esso *ire agere potest in infinitum* chi ha avuto la concessione dello *ius itineris vel actus*. Circa al cambiamento dello *ius itineris vel actus*, in quanto un tal cambiamento possa dipendere dal proprietario del fondo serviente e alla viabilità che egli stabilisce o cambia nel fondo stesso, ragionando in base ai principî

Digitized by Google

generali, la soluzione non può tuttavia essere difficile. Non è da negarsi che l'economia tutta della coltivazione di un fondo, in senso assoluto, non vuol'essere siffattamente inceppata ad uno stato di fatto necessario per l'esercizio d'una servitù di transito, da sacrificarvisi intieramente o sostanzialmente. D'altro canto, se per la coltivazione di un fondo occorre cambiare la rete stradale preesistente nel fondo stesso, e renderla più tortuosa, più serpeggiante, questo non importa già che si debba sopprimere la stradicciuola preesistente e sulla quale esercitavasi la *servitus actus*. E difatti l'esistenza di questa piccola strada non toglie già la possibilità di cambiare la coltivazione del fondo e di destinarlo ad una coltivazione nuova, ma soltanto ne diminuisce l'estensione suscettibile di essere utilizzata a questo scopo. Che se il proprietario non ha interesse di percorrere *iure proprietatis* quella stradicciuola che la greggia percorre *iure servitutis*, non per questo deve dirsi che lo *ius actus* cambi la sua indole e divenga un'espropriazione vera del diritto di proprietà; dal momento che il proprietario del fondo serviente può, se vuole e quando vuole, compatibilmente coll'esercizio della servitù, esercitare il proprio diritto di transito su quello stesso stradello. Ciò esclude che l'esercizio del diritto di servitù di passaggio nasconda una vera espropriazione invece di importare un diritto frazionario della proprietà: la superficie del fondo serviente, soggetta ad utilizzazione, in tanto effettivamente diminuisce, in quanto ciò è voluto dal proprietario stesso del fondo serviente, sia pure per conseguenza di un cambiamento di destinazione del fondo stesso. In una parola, se si dovesse così in astratto riconoscere e ammettere una regola o norma generale di condotta in questi casi, si dovrebbe propendere per la servitù per tre ragioni principali: prima che il mantenimento dello stato precedente di regola deve sempre preferirsi di fronte ai cambiamenti successivi; seconda che il proprietario del fondo serviente assai difficilmente ha dei veri motivi (piuttostochè dei pretesti) di cambiare la rete delle comunicazioni nel suo fondo, anche cambiandone la destinazione o la coltivazione; terza che il cambiamento della rete delle comunicazioni non esclude in modo assoluto la sopravvivenza d'una stradella inutile per l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo stesso. Questo è per regola generale; ma conviene esaminare i casi singoli.

Digitized by Google

48. La *servitus ad aquam adpulsus* dei Romani aveva una configurazione speciale in quanto appunto la pastorizia costituiva quasi l'industria tradizionale applicata all'agricoltura. Allorchè in un dato fondo si tiene un dato bestiame come necessario e in quel fondo non vi è acqua o non vi è acqua sufficiente per abbeverarlo si può acquistare sul fondo vicino la servitù di condurvi quel gregge ogni giorno, a ore fisse o variabili, per dissetarlo al fonte o al ruscello. PAPINIANO tratteggiò e limitò la natura di servitù prediale in questo diritto: nella l. 4, Dig. 8, 3, si legge infatti che *pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur*. Argomentando *a contrario*, sembra di poter concludere che, quando il *pecus* non costituisce la risorsa principale del fondo o per la parte che eccede un tale rapporto col fondo stesso, si debba considerare piuttosto come un rapporto personale che come un rapporto prediale vero e proprio: e che la *servitus ad aquam adpulsus* abbia molti punti di contatto colla *servitus pascendi* risulta non pure da quelle stesse espressioni di PAPINIANO, ma anche dalle argomentazioni della logica più elementare, per quanto l'abbeveramento e la pastura sono del pari indispensabili a sostentar la greggia. Ciò malgrado abbiamo preferito di comprendere questa servitù nella categoria di quelle di passaggio, anzichè nella categoria di quelle per sfruttamento diretto accanto al pascolo, per rendere omaggio alla teoria da noi sostenuta che l'acqua sia un *commune munus* e che non entri in proprietà dello stesso proprietario della zona dove la sorgente o il ruscello scorre o nasce, se non in conseguenza di un atto specifico di appropriazione.

E poichè l'appropriazione dell'acqua per chi va a bere è uno dei fatti più semplici di questo mondo, consistendo nell'avvicinare la bocca all'acqua e nell'inghiottirla, ci sembra che l'*adpulsus ad aquam* rivesta assai più caratteristicamente l'aspetto della servitù, allorchè lo si consideri come una specialità del transito o passaggio attraverso al fondo del vicino. Sotto un tale punto di vista, questa specie di servitù o di diritto reale, quando non presenti i requisiti della servitù, ha molti punti di somiglianza con la *servitus actus*

Digitized by Google

e può applicarsene molte regole, prima fra tutte quella del cercare di evitare le vigne nel fondo dove l'acqua si trova. Del resto, quando lo *ius actus* è una servitù, esso rappresenta sempre una servitù prediale; tra le quali la annovera ULPIANO in l. 1, § 1, Dig. 8, 3, e lo stesso GIUSTINIANO nel § 2, *Istit.*, 2, 3, perchè (§ 3, ibid.) *sine praediis constitui non possunt.* Ora, questo concetto assoluto di corrispondenza della *servitus pecoris ad aquam adpulsus* ad un fondo che sia dotato del diritto attivo di servitù sopra un altro fondo, ai lumi della civiltà moderna può dirsi scomparso o attenuato: dal momento che la industria del bestiame, così grosso come minuto, può concepirsi anche ed attuarsi indipendentemente dalla proprietà o dal godimento di un fondo sotto qualsiasi titolo d'industria separata ed autonoma. Evidentemente, la concezione romana dello *ius ad aquam adpulsus*, come dicemmo, era coordinata al sistema economico e agricolo della proprietà rurale in Roma; proprietà la quale era dapprima tenuta specialmente a pastorizia. D'altra parte, abbia o non abbia il gregge un rapporto diretto con un fondo determinato, ben si comprende come tuttociò che presenta attinenza coll'agricoltura o colla pastorizia si presenta già senz'altro con carattere bene spiccato di rapporto rurale e nulla ha che fare coi diritti reali che diconsi urbani, perchè la greggia abitualmente non dimora nei gruppi di abitato o nelle città ma bensì nell'aperta campagna. Ora si domanda qual differenza corra tra la *servitus pecoris ad aquam adpulsus* e la *servitus hauriendi* o *haustus* o *aquae haustus*. Anche la *servitus aquae haustus* è una servitù di consumo e per il consumo dell'acqua si presuppone l'attraversamento del fondo sul quale l'acqua si attinge, fino al punto in cui l'attingimento ha luogo. Ma l'attingimento nell'*aquae haustus* si fa in servizio del fondo, mentre nel *pecoris ad aquam adpulsus* si fa in servizio del gregge, il quale magari a sua volta è a servizio del fondo. Una diversità vi è dunque tra l'una e l'altra figura, inquantochè l'*aquae haustus* è già più direttamente a servizio del fondo che non lo sia o non lo possa essere l'*adpulsus pecoris ad aquam*, anche supponendo che il *pecus* sia addetto ad un determinato fondo. Ma l'*haustus* deve esso soltanto servire per i bisogni dell'alimentazione dei bifolchi o per l'utilizzazione dell'acqua nel suolo col-

Digitized by Google

tivato, oppure per entrambi gli scopi? I testi romani tacciono a questo riguardo; soltanto, poichè POMPONIO mette in luce con tanta evidenza il rapporto tra l'*haustus* e il fondo dominante, sembrerebbe si dovesse ritenere che soprattutto questo *haustus* dovesse servire a scopi d'inaffiamento, p. e. di ortaggi o di altre colture speciali (prati, tabacchi, ecc.). Specialmente se la quantità d'acqua che si richiede agli scopi della coltivazione è poca, per esser piccola la superficie sottoposta alla coltivazione stessa, è d'uopo riconoscere l'opportunità di ricorrere all'*aquae haustus* allorchè l'acqua del vicino è presso ai confini dei due fondi. Ed allora anche più volte al giorno si potrà compiere la funzione di andare ad attingere acqua nel fondo vicino e di tornarne indietro coi recipienti: la qual cosa può talora non essere di maggior disagio di quanto lo sia il fatto di attingere acqua in una parte remota del proprio fondo.

L'acqua poteva essere anche utile per l'alimentazione dei bifolchi o *servi rustici*, i quali si consideravano quasi attaccati alla gleba e quasi partecipanti ai bisogni del fondo; di non minore importanza forse che una coltivazione del fondo stesso la cui specie richiedesse assiduo e giornaliero annaffiamento. In diritto nostro tuttavia, poichè i coloni non sono più immobilizzati e quasi inchiodati alla terra che coltivano, l'annaffiamento delle colture del fondo e l'alimentazione degli agricoltori rappresentano due figure ben diverse tra loro e tra le quali conviene introdurre certamente una distinzione, poichè le considerazioni di analogia tra i due casi sono ridotte a minori termini. Ora, per penetrare nel fondo vicino al fine di attingere acqua, certamente l'interesse dell'alimentazione dei coltivatori che stanno sul fondo e lo coltivano imporrebbe a sua volta un certo carattere di predialità alla somministrazione dell'acqua; specialmente allorquando nel fondo ove si trovano gli agricoltori non sia possibile rinvenire delle sorgenti o dei corsi d'acqua sufficienti per alimentare gli agricoltori stessi. Ma questo tenue filo o rapporto tra il fondo che contiene l'acqua e il fondo al quale appartengono i coloni che si recano ad utilizzare quell'acqua basta esso a costituire il rapporto reale? Si può notare come, anche emigrando i coloni attuali ed a questi sostituendosene dei

Digitized by Google

nuovi, il bisogno di attingere acqua sorgerà per i nuovi coloni presso a poco come sussiste per i coloni attuali: la qual circostanza, anche se i coloni vecchi non sono inchiodati sul fondo nè considerati come accessori del fondo stesso, in fondo non solo conferma ma aumenta la realtà del rapporto. Non sembra dunque che neppure in tal caso, allorchè concorrono rapporti non sostituibili di vicinanza, si possa escludere senz'altro ed *a priori* l'esistenza della servitù prediale; poichè non sono precisamente le persone, ma è la vicinanza dei fondi la base e la causa fondamentale dell'attingimento dell'acqua nel fondo che ne presenta forse ad esuberanza per i suoi stessi bisogni. E quì, sulle traccie della giurisprudenza romana, è bene eliminare ogni equivoco od ogni esitanza, dappoichè sono appunto le esitanze degli interpreti quelle che finiscono col guastare la vera figura di un rapporto giuridico.

Allorchè si dice che la *servitus pascendi* e quella *adpellendi pecoris ad aquam* costituisce piuttosto un rapporto prediale che un rapporto personale nell'ipotesi che i frutti del fondo consistano sopratutto nel gregge, non s'intende con ciò escludere che possa rappresentarsi come servitù prediale anche l'altro rapporto *hauriendi* o *haustus* od *aquae haustus*. Allorchè PAPINIANO infatti comincia col denominare *servitutes* quelle *pecoris pascendi* e *pecoris ad aquam appellendi*, anche prima di soggiungere che tali rapporti reali *praedii magis quam personae videntur*, non intende già con questo autorizzare l'inesatta terminologia, poi così abusata nella pratica, di *servitutes personarum*. Chi ha un poco di pratica della concisione dello stile di PAPINIANO, che in fondo si avvicina molto allo stile romano classico, agevolmente si persuade come il giureconsulto con l'anticipazione della denominazione del negozio giuridico non abbia inteso autorizzare alcuna distinzione. Gli interpreti non debbono dunque oltrepassare la portata del testo: PAPINIANO in sostanza dice che, siccome il rapporto sembra più attinente al fondo che non alle persone, non deve incontrarsi difficoltà di sorta a qualificarlo come servitù prediale. Se il rapporto fosse puramente personale, cioè *de persona ad rem*, non solo si dovrebbe escludere trattarsi di servitù prediale, ma non si potrebbe dire neppure

Digitized by Google

trattarsi d'una servitù: per la qual cosa è indispensabile stabilire con precisione che quì è la vicinanza dei fondi quella che determina il rapporto di attingimento, per quanto chi si conduce ad attingere e chi attinge sia in effetto (ben s'intende) la stessa persona, e quantunque l'acqua attinta possa essere utilizzata non pure o non tanto a servizio del fondo vicino, quanto piuttosto per consumo delle persone che vivono nel fondo stesso, che lo custodiscono e lo coltivano. Se invece le nostre considerazioni si arrestassero al fatto che una persona attinge e beve, e non tenessimo presente la circostanza che questa persona si trova in un fondo vicino e vi si trova per dimora stabile, la causa del negozio giuridico a noi apparirebbe soltanto parzialmente e noi non potremmo dire nel caso nostro che *ex facto oritur ius*. Per argomentare bene dai fatti e dal loro complesso è d'uopo tener presenti tutte le circostanze e coordinarle nell'unità della causa e nell'unità del fine: tuttociò che è strumentale, che è intermediario tra la causa e il fine, non può assorgere nè all'importanza della causa nè all'importanza del fine. L'*aquae haustus* può costituire una *servitus* perfino per una borgata intiera, allorchè gli abitanti per dissetarsi sono obbligati ad entrare in una proprietà privata; e il proprietario in forza di un titolo o della consuetudine è obbligato, sia pure con certe regole e con certe norme, a tollerare questa condizione di cose: il tutto forse in attesa di una dichiarazione di pubblica utilità e di una corrispondente espropriazione volontaria o forzata. Intanto in questo periodo transitorio il rapporto non è personale che in apparenza, ma in sostanza è reale; perchè le persone che ne approfittano non potrebbero più farlo emigrando dalla borgata, perchè non porterebbero certamente seco con le loro masserizie anche il loro diritto, mentre per contrario i sopravvenienti abitatori acquisterebbero essi il diritto stesso in luogo di quelli che fossero partiti od emigrati.

Si tiene per certo che la *servitus itineris* sia compresa nella *servitus aquae hauriendae* o *aquae haustus* in tanto in quanto l'*iter* è indispensabile per avere accesso al fondo da cui l'acqua scaturisce. Quest'opinione, ch'è di per sè assai logica, ha pure il suo fondamento sul testo; poichè TEOFILO nella sua parafrasi al § 2, *Instit.* 2, 3, parla della

Digitized by Google

servitus hauriendi ὥστε μα ἐξεῖναι ἔρχεσθαι εἰς τὸν σὸν αγρὸν καὶ ἀπὸ τῆς οὔσης παρά σοι πηγῆς ὕδωρ ἀντλεὶν (*veluti ut mihi liceat transire per tuum agrum, et ex fonte, qui apud te est, aquam haurire*). Ma se si volesse dire più esattamente, non proprio la *servitus itineris* è compresa nella *servitus aquae hauriendae*, ma più veramente l'accesso al luogo dove trovasi la *fons:* infatti TEOFILO parla di un semplice andare nel fondo (ἔρχεσθαι εις τὸν σὸν αγρὸν), mentre il vocabolo adatto alla *servitus itineris* vera e propria è βαδίζειν, cioè passare accorciando la strada. È pur vero che anche ULPIANO, in l. 3, § 3, Dig. 8, 3, dice che *qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum*, ma poi, riportando l'opinione di NERAZIO, spiega che *sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit; sive tantum hauriendi, inesse et aditum; sire tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum*. In questa spiegazione, come si vede, lo *ius itineris*, che non è lo *ius itineris* semplice, ma più specialmente lo *ius itineris ad hauriendum*, diventa lo *ius adeundi* o *ius aditus*. Ed anche MARCELLO nella l. 10, Dig. 8, 2, dice: *usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia, et haustu relicto, iter quoque ad hauriendum praestaretur;* lasciando in queste sue parole la precisa configurazione d'uno specifico *iter ad hauriendum* diverso dall'*iter ad hauriendum* generico. Tuttociò che si dice per l'*aquae haustus* evidentemente va anche esteso all'*appulsus* o *adpulsus ad aquam;* anche questo *adpulsus* comprende l'*iter ad appellendum* oppure l'*aditus ad aquam*, tra l'uno e l'altro dei quali ultimi diritti, in fondo, non è che questione di parole. S'intende che normalmente la *servitus ad aquam adpulsus* è servitù rustica, appunto perchè nell'abitato d'ordinario vi sono le fonti pubbliche le quali sopperiscono ai bisogni della popolazione: tuttavia non v'è nulla in contrario a che una tale servitù possa anche essere costruita come urbana secondo i principî fondamentali assegnati per lo appunto alla costituzione delle servitù urbane ed a queste servitù inerenti, giusta quanto si disse nella parte generale del presente trattato. Se si dà un *adpulsus* urbano, evidentemente questo *adpulsus* ha per sua fine ultima di attingere acqua e porta con sè il passaggio attraverso il cortile, il giardino,

Digitized by Google

l'orto o l'andito della casa del vicino. Questa è la portata del diritto di attingere, materialmente considerato, e anche se fosse accordato per un semplice uso personale senza ombra di doppio rapporto reale, attuando un semplice *usus aquae* di cui abbiamo la costruzione in l. 37, Dig. 8, 3, e dove PAOLO parla di una formula δίδωμαι καὶ χαρίζομαί δάκτυλον ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν οἰκίαν ed esclude che questo *usum aquae personalem ad heredem usuarii transmitti oporteat.* Quantunque in questa costruzione, che non è di servitù vera e propria e tuttavia è collocata, per ragioni di affinità, sotto il titolo *de servitute praediorum rusticorum,* non sia aggiunto che essa comprenda anche il diritto di accesso, tuttavia lo stesso ragionamento fatto per le servitù prediali occorre anche in questo caso e la conclusione non cambia: allorchè si accorda il fine debbono accordarsi anche i mezzi indispensabili anzi inevitabili per conseguire quel fine, e non è assolutamente possibile che si ammetta una concessione illusoria e che a questa concessione cotanto imperfetta si attribuiscano effetti giuridici. Che se dall'atto costitutivo risultassero non concessi o concessi con tanta limitazione questi mezzi, da rendere impossibile il conseguimento del fine, allora certamente si dovrebbe venire alla conclusione che il negozio giuridico non è perfetto o anzi non esiste, che esso è una burletta, un non senso. Un tale principio poi, nella pratica, ebbe un'estensione piuttosto larga: e così fu ammesso che questa *servitus haustus* portasse con sè anche un *ius tugurium habendi in fundo serviente,* allo scopo di procacciare un rifugio nei rigori delle stagioni. Questo diritto è sanzionato da MECIANO e riconosciuto da PAOLO in l. 6 in f., Dig. 8, 3: ivi si ammette *talem servitutem constitui posse, ut tugurium mihi liceret habere in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.* Questa dunque si chiama proprio una *servitus* e non è soltanto un *ius* qualunque o uno *ius* indeterminato. Soltanto, da questa sua denominazione staccata e autonoma di *servitus* sembrerebbe doversi argomentare che sia indispensabile una costituzione staccata della figura giuridica ossia dello *ius tugurii habendi* in rispetto alla costituzione della

Digitized by Google

servitus appulsus, vale a dire una costituzione espressa di questo *ius*, ch'è una *servitus*, come *servitus* è quel diritto *appellendi*. Questa *servitus tugurii habendi* difatti può talora dar luogo a complicazioni non minori di quelle che possono sorgere dalla stessa *servitus adpulsus* o *servitus appellendi*; sia quanto all'*onus refectionis* e forse quanto allo stesso *onus aedificationis* del tugurio, sia quanto alla promiscuità o contemporaneità o alternabilità dell'uso del *tugurium* stesso per parte del proprietario ossia *iure proprietatis* e per parte dell'avente diritto all'*appulsus* o *iure servitutis*. Altre questioni possono anche venire in campo per questo diritto, che, per quanto accessorio in ragione di fine, può anche rappresentare un valore economico considerevole: e resta poi inteso che un diritto di questa specie può altresì concedersi nell'ipotesi che il diritto ad attingere acqua sia concesso per i servigi dell'agricoltura o per l'alimentazione dei coloni; poichè anche in tale ipotesi i portatori di acqua possono coi loro giumenti essere sorpresi e impediti dalle intemperie e possono quindi trovarsi a mal partito od esposti a sofferenze e difficoltà le quali potrebbero compromettere l'esercizio del diritto di attingimento e rendere questo diritto quasi inutile in effetto. Che cosa si debba intendere per tugurio, del resto, ha detto lo stesso POMPONIO (L. 180, Dig. 50, 16), designando per tale *omne aedificium, quod rusticae magis custodiae convenit, quam urbanis aedibus*; e quindi anche una semplice capanna di terra, di paglia e di legname, oppure di solo legname, e cioè una capanna in cui non vi sia traccia alcuna di muratura (poichè la muratura sarebbe piuttosto adattata alle *urbanae aedes*). Ciò peraltro non toglie che possa, un tugurio di questa specie, costruirsi anche di muratura; vuol dire che in tal caso occorre il consenso preciso delle due parti, avendosi qualche cosa di più del tugurio consentito dalla legge. Le disposizioni romane poi non accennano alle spese e alla cura della costruzione (e neppure quindi a quelle della riparazione, che vi sono connesse), lasciando così l'adito alla applicazione delle regole generali sulle servitù. Certamente, nell'ipotesi che sul fondo serviente allo stabilimento o costituzione della *servitus ad aquam adpulsus*, preesista un *tu-*

Digitized by Google

gurium, adatto alla *receptio* degli animali e delle persone, non vi è difficoltà a ritenere che questo stesso *tugurium* possa essere utilizzato anche come complemento e come adempimento della servitù stessa: la difficoltà comincia allorquando questo tugurio si debba costituire *ex novo* appunto in occasione dell'*adpulsus* e per rendere questo *adpulsus* possibile e veramente proficuo in pratica. Chi dovrà costruire il *tugurium*, il proprietario del fondo dominante o il proprietario del fondo serviente? Il testo romano non parla che di *ius* e di *servitus tugurii habendi;* ma evidentemente il proprietario del fondo serviente, in mancanza di una convenzione speciale, non potrà essere obbligato *ad factum* o ad una prestazione qualsiasi, poichè non è suo còmpito di *agere* ma semplicemente di *pati*. E, se il proprietario del fondo dominante costruirà a sua cura e a sue spese il *tugurium*, questo apparterrà a lui in proprietà talchè il proprietario del fondo serviente non possa usarne a sua volta se non in forza di uno *ius servitutis;* oppure rimarrà per diritto di accessione incorporato o incardinato nel fondo serviente stesso e il proprietario del fondo dominante per *servitus adpulsus* non potrà egli usarne che *iure servitutis*, vale a dire collo stesso diritto col quale sul corrispondente territorio esercita l'*aditus* per rendersi possibile l'*adpulsus?* A noi sembra più logica e soltanto giusta questa seconda soluzione; imperocchè il diritto di accessione sia risultante dal fatto della costruzione dell'edificio su di un determinato suolo: *quod solo inaedificatur solo cedit.* Vi sono tuttavia delle azioni e quella specialmente che vieta al vicino di arricchirsi con iattura dell'altro vicino, quella dell'indebito arricchimento, ecc., le quali servono a ristabilire l'equilibrio turbato da un'accessione territoriale per diritto di edificazione. Che se si tratta di capanna mobile (sul genere di quelle che servono per la guardia dei campi), in tal caso la ragione di accessorio non concorre, trattandosi di un tugurio che non può stare a livello delle vere edificazioni le quali sono immobilizzate nel suolo. Nell'ipotesi di tal tugurio, la sua stessa mobilità impedisce che esso debba considerarsi come accessorio del fondo sul quale è stato costruito: vuol dire che, allorquando non servirà più

Digitized by Google

allo scopo di dar rifugio al bestiame e ai custodi di esso, chi l'ha costruito potrà anche portarselo via dal fondo serviente, qualora esso non sia stato costruito dal proprietario di questo stesso fondo serviente. Vuol dire che il caso più comune sarà di un tugurio che serva ad un tempo per rifugio del bestiame e suo custode o suoi custodi ed anche nel tempo stesso come posto di guardia per i frutti pendenti del fondo serviente e forse anche talora per ripostiglio o deposito di qualche strumento rustico. Ed allora, se il tugurio costruito a questa guisa, smontabile e trasportabile e ad ogni modo non incardinato al suolo, non obbedisce alla ragione di accessione territoriale sul fondo serviente, esso è in proprietà del proprietario del fondo dominante che l'ha costruito occupando temporaneamente il territorio del fondo serviente, e il proprietario di quest'ultimo fondo non può adoperarlo a titolo di proprietà, ma bensì a titolo di servitù o di uso, qualora questo suo titolo risulti da una legittima causa di acquisto e nelle forme debite. Si comprende poi che questo diritto, così come è affermato da MECIANO e da PAOLO, non è uno dei diritti più semplici, sebbene la sua entità possa essere nell'insieme poco considerevole: anche perchè la posizione di un proprietario che serve ad altro fondo col suo fondo e pur deve tollerare che l'altro collochi un tugurio di uso esclusivo del dominante e che non sia di uso promiscuo in lui serviente, stante la mancanza in lui di uno *ius proprietatis* sul tugurio stesso, è una posizione abbastanza imbarazzante e sembra piuttosto scombuiata. Certamente, stando ai principî, senza uno speciale accordo, il proprietario del fondo serviente non può vantare alcun diritto nè pretendere alcun uso sul *tugurium* che il proprietario del fondo dominante ha situato sul fondo serviente; poichè il proprietario del fondo dominante potrebbe fare seria obbiezione alla pretesa di un'accessione, quante volte il *tugurium* stesso fosse mobile e non avesse fondamenta nel suolo. Il proprietario del fondo dominante potrebbe sempre affacciare una procedura inibitoria al proprietario del fondo serviente che intendesse servirsi del *tugurium*, come se egli pretendesse di esercitare una ragione di servitù su quello stesso *tugurium*: e sarebbero date a lui le

Digitized by Google

azioni stesse che competerebbero al proprietario del fondo serviente in pretesa *servitus adpulsus*, qualora egli intendesse contraddire le pretese del proprietario del fondo dominante in quella stessa servitù. Evidentemente, per il proprietario del fondo serviente in *servitus adpulsus* tutto il fastidio e, diciamo pure, la servitù proveniente dalla situazione del *tugurium* si traduce nell'occupazione del territorio, sul quale il *tugurium* stesso va a collocarsi: occupazione permanente e diversa pertanto dalla temporanea che ha luogo per attuare l'*adpulsus pecoris ad aquam*, per lo meno durante la stagione in cui si attua l'*adpulsus* se questo è limitato ad una data stagione o parte dell'anno. Questo suo contenuto diverso non toglie però che il *tugurium* debba considerarsi come accessorio dell'*adpulsus*, in considerazione del rapporto di mezzo a fine e per la costruzione complessiva del negozio giuridico.

Digitized by Google

CAPO III.

Viatico.

49. Origine feudale della servitù. — 50. Sua possibilità e valore del suo contenuto in diritto moderno.

49. Uno degli oneri reali ed in parte anche personali del vassallaggio era nell'epoca di mezzo quello di acconciare in date epoche dell'anno, o semplicemente a richiesta del proprio signore, una strada conveniente al transito attraverso il fondo posseduto. Eliminata la parte che per l'attuazione di quest'onere consisteva *in faciendo*, resta il contenuto dell'onere stesso come qualche cosa d'intimamente e corporalmente collegato col fondo, tanto da non potersi al fondo gravato sostituire altro fondo, non solo per ragione del vassallaggio, ma anche per ragione della posizione. Molte volte la servitù si complicava colla fornitura di mezzi più o meno decorosi di trasporto, a seconda della dignità del signore che esercitava attivamente il diritto di vassallaggio, e a seconda della quantità di uomini, armati o inermi, di cavalieri o di servi che per conto proprio o in corteggio e in compagnia del signore stesso dovevano attraversare quelle terre. Talora non erano che truppe quelle che per diritto di vassallaggio dovevano attraversare un dato territorio e terreno; ed allora era una vera desolazione, quasi un saccheggio per il povero vassallo obbligato al transito, che per il suo carattere speciale e complicato di oneri personali accessori noi chiameremo appunto *viatico* e che talora complicavasi anche coll'onere dell'alloggio (1). Qualche volta questo viatico si combi-

(1) Anche oggi noi abbiamo gli alloggi militari obbligatori per ragione di servizio pubblico, allorquando, in occasione di grandi manovre o di esercitazioni militari, la truppa si trova a passare per luoghi più o meno inospitali anche soltanto per scarsezza di abitazioni: e questi si fanno abitualmente rientrare nella categoria delle cosidette servitù militari. Il sindaco del Comune con suoi biglietti destina gli uffiziali e loro attendenti alle singole abitazioni del luogo, calcolando il prezzo di ruolo a ciascuna abitazione secondo il valore o la categoria presunta. Che in tal caso si

Digitized by Google

nava colla *perangaria* consistente nel fornire vetture o veicoli per un determinato numero di giornate: in ogni caso però, trattavasi di prestazioni aventi una precipua indole feudale, quantunque, anzi perchè, legate al territorio sul quale avveniva il passaggio del signore feudale, queste figure presentassero una certa tal quale analogia coi rapporti di servitù. Se si alienava il fondo soggetto alla servitù o all'onere del viatico, l'alienazione doveva naturalmente combinarsi col rapporto feudale e il cambiamento di proprietario doveva aver luogo colle prescritte forme dell'investitura, vale a dire combinando il rapporto personale col rapporto reale e forse dando la preferenza al concetto di rapporto personale. L'inadempimento poi di quest'obbligo di preparar la via al signore e di prestargli la relativa *perangaria* faceva sorgere naturalmente una questione politica o per dir meglio feudale; questione la quale non poteva naturalmente risolversi per via di tribunali civili, come se fosse interceduta tra due parti ammesse agli stessi diritti, ma doveva trovare il suo scioglimento per le vie gerarchiche, magari con diritto di ricorrere in ultima istanza all'imperatore o al suo tribunale feudale. Evidentemente, non era tanto il contenuto economico della servitù in sè stessa che era dotato d'importanza pratica, quanto piuttosto il contenuto politico per l'atto di omaggio o di vassallaggio che vi si riferiva; poichè, quanto al contenuto economico, non sarebbe stato difficile al signore di passaggio col suo esercito attraversare i campi devastandoli oppure fare improvvisare, in tempi in cui non ancora servivano le artiglierie, vie atte al transito dei cavalieri armati per quanto di grave armatura. Ma questo distacco tra la funzione del rapporto feudale e quella del rapporto civile propriamente detta non va troppo accentuato; perchè anzi, se

---

tratti di onere reale non v'è dubbio, perchè *ratione loci* non può un'abitazione sostituirsi all'altra. D'altro canto, in tanto la truppa ha diritto all'abitazione (o gli ufficiali della truppa), in quanto transitano per quella determinata località per servizio territoriale. Se non è dunque rapporto di fondo a fondo, è sempre un rapporto *ratione territorii*, non sostituibile, inevitabile: e però, anche ammettendo che non si tratti di una servitù vera e propria, non si può però escludere che si tratti di un rapporto giuridico reale molto vicino alla servitù.

Digitized by Google

vi fossero elementi per studiare più profondamente la storia interna del diritto, si verrebbe indubbiamente a constatare la gradualità del passaggio di un medesimo istituto dal campo del diritto pubblico e feudale al campo del diritto privato per gradazioni regolari e quasi ritmiche, nelle quali agevolmente si ravvisa come una forza organica interna che porta in sè stessa i germi della sua trasformazione e del suo adattamento ad epoche e condizioni diverse. Si sarà cominciato col passaggio militare ossia col passaggio delle truppe e poi si sarà terminato col passaggio agricolo, fatto cioè a scopo di coltivazione dei fondi e rimasto nell'orbita modesta di un rapporto privato, allorchè i tempi più non richiedevano questo passaggio di truppe alla spicciolata: ma nell'uno e nell'altro caso il rapporto era a fondo territoriale e aveva radice sulla situazione dei luoghi e sulle condizioni di maggior o minore vicinanza.

Man mano inoltre che il rapporto si sarà trasformato da feudale in puramente civile, saranno gradatamente scomparsi i varii *onera faciendi*, ossia le varie prestazioni personali congiunte al passaggio e alla tolleranza del passaggio. Primo tra gli altri o tra i primi sarà scomparso senza dubbio l'obbligo del vettovagliamento od anche quello del foraggiamento, il primo per gli uomini e il secondo per i cavalli; da ultimo sarà scomparso l'onere di accomodar la strada, in quanto questo non fosse il portato di un contratto speciale. Vero è che anche questo rapporto di feudalità o di vassallaggio era consensuale tra le parti, ma, come anche in tutti i rapporti che fanno parte del contenuto del diritto pubblico, col decorso del tempo la consuetudine e l'osservanza sono rimaste più forti delle convenzioni private e a queste convenzioni si sono potentemente sovrapposte; tanto da rendere inutile il consenso in patti speciali che erano e si ritenevano come impliciti nella natura dell'istituto stesso secondo la portata di esso, la cui ereditarietà definitiva eliminava la possibilità di cambiarne consensualmente *hinc inde*, e specialmente dalla parte del più debole ossia del vassallo, il contenuto di diritto. L'evoluzione del diritto stesso deve poi avere accompagnato le necessità politiche e le condizioni sociali assai davvicino e senza contrasto; e la forza d'adattamento del diritto deve

Digitized by Google

essersi prestata alla possibilità di una tale trasformazione evolutiva.

Perchè noi nella storia del diritto non possiamo determinare un'epoca, in cui decisamente apparisca l'indole di diritto privato in questi rapporti che originariamente si presentavano come di diritto pubblico? Gli è che, non avendolo sotto mano come vivente nè avendo potuto raccogliere testimonianze recenti del vecchio istituto, la portata di esso non ci apparisce in tutta la sua estensione e non ci è dato di risolvere neppure approssimativamente alcune dubbiezze circa la sua attitudine alla trasformazione successiva e alla conversione nell'istituto di diritto privato, al quale noi crediamo che si possa senza meno ridurre. In sostanza era cogli *onera faciendi* o *in faciendo* che i tempi nuovi non potevano conciliarsi; per il resto nessuna difficoltà, nessuna contrarietà seria. E forse, con uno sforzo di costruzione sottile, questi *onera in faciendo* possono anche distaccarsi dal contenuto della servitù in sè stessa e possono considerarsi come contenuto più diretto e più semplice di vestigii feudali e come dipendenza immediata di una organizzazione gerarchica d'ordine completamente politico e fino ad un certo punto anche estraneo alla ripartizione territoriale. Il rapporto territoriale allora resterebbe decisivo come fonte originaria dell'istituto quale si potrebbe costruire oggi in base alle moderne disposizioni del diritto privato: sarebbero sempre le condizioni di vicinanza quelle che influirebbero a rendere possibile questo istituto del viatico ossia dell'apprestamento ad una data quantità di persone dei mezzi per passare attraverso ad un territorio determinato, magari unendo a questo passaggio una quantità di altre agevolezze che l'accompagnino e vi facciano corona come comodità più o meno indispensabili per servire al viaggio stesso. Qualche volta poteva trattarsi di un passaggio trionfale o di parata, e non per la guerra, o di un viaggio d'ispezione o di visita ecclesiastica, se il feudo apparteneva alla Chiesa o a qualche vescovo; e allora la ragione di vicinanza attenuavasi sempre più e sempre più si affacciava la considerazione del rapporto di vassallaggio o del rapporto onorifico e si penetrava viemmeglio nel territorio della feudalità e nell'ordine d'idee che

Digitized by Google

vi faceva o poteva farvi corona. Ma per fermo un certo rapporto di vicinanza e di territorialità, quantunque meno spiccato, non poteva non aversi anche nell'ipotesi che prevalesse su ogni altra la considerazione onorifica e la ragione della dignità o della carica o dell'ufficio: poichè, certamente, se il luogo dove tale diritto dovevasi estrinsecare era lontano dalla sede o stanza o dimora della persona o persone che dovevano servirsene, non vi sarebbe stata ragione di chiedere proprio in quel luogo e non altrove l'esercizio di un passaggio anche semplicemente per ragion d'onore e senza vera e propria utilità pratica. Dunque, in qualche grado, un rapporto di vicinanza locale doveva comunque esservi anche sotto il punto di vista di un contenuto prevalentemente feudale: epperciò una parentela, per quanto remota, questa costruzione può pure presentare colle costruzioni fatte a base di puro diritto civile. Quanto alla causa anche in questi rapporti d'indole feudale si può ravvisarne una perpetua: nel senso che il rapporto feudale non era già un rapporto a tempo determinato, ma la sua durata era indeterminata ed esso cessava soltanto in certe eventualità dapprincipio non prevedibili e avverate in seguito al difuori di una prevedibilità certa o fissa. Nulla del resto di più stabile, a quell'epoca, di un rapporto feudale, sotto il punto di vista territoriale e prescindendo dalle persone investite del feudo e dalle persone che sul feudo stesso potevano esercitare il diritto d'investitura.

Le modalità del viatico feudale non hanno una grande importanza: in esse il carattere reale in tanto accentuavasi, in quanto poteva essere richiesto dall'indole del vassallaggio, ma non così esclusivamente forse che il rapporto reale non potesse essere sostituito da una qualche prestazione personale e soprattutto pecuniaria. Come ogni prestazione di quel genere, probabilmente si poteva difatti redimere a prezzo di denaro; e la storia ci porta ricordo di città le quali evitarono o scansarono il passaggio di truppe e di eserciti e il somministrare ad esse per conseguenza viatico e viveri, pagando una somma più o meno forte di denaro. Anche quando l'imperatore, capo della scala o gerarchia feudale, discendeva colle sue truppe per le pingui pianure italiche, per evitare il passaggio delle sue truppe, il bottino e tutti i flagelli che

Digitized by Google

ordinariamente erano congiunti a quel passaggio, le città paurose in certo qual modo se ne riscattavano pattuendo e pagando effettivamente, volta per volta, discrete somme di denaro: argomento questo potentissimo per persuadere appieno imperatori ed eserciti a prendere tutt'altra strada, magari per giungere allo stesso punto d'arrivo con una minore quantità di agi e allungando il cammino. In tal caso, naturalmente, vi erano più vie per riuscire ad una stessa meta (come p. e. Roma allo scopo di farsi incoronare dal Pontefice); mentre, allorchè si tratta di comunicazioni agrarie, non v'è troppo da scegliere tra strada e strada e quasi sempre il percorso, sia o no il più breve, è tracciato dalla stessa conformazione dei luoghi in rapporto colla diversa specie delle colture e si sposta per ragioni organiche e per convenzione la quale abbia una causa proporzionata e correlativa ai fini del passaggio stesso. Oltre a ciò la prestazione del viatico e dei suoi accessori non occorreva si stipulasse appositamente, ma era una dipendenza implicita nel rapporto di vassallaggio che la conteneva; essa ricorreva inoltre a intervalli assai meno frequenti di quelli che potrebbero ravvisarsi nell'esercizio di un diritto di servitù prediale, la quale di regola è continua ed apparente. Ed anche la sua estrinsecazione più o meno tumultuaria escludeva ogni precisa localizzazione su di uno spazio determinato ed esponeva al servizio il fondo tutto con ogni pertinenza ed altresì ogni precisa determinazione di contenuto e di contorni del campo di azione o di sofferenza dall'altra parte: per la qual cosa si era fino allora ben lungi dalla precisa delimitazione dell'istituto, quale venne in seguito operata grazie al diritto privato, allorchè questo ebbe esclusivamente nelle sue mani la causa e il contenuto territoriale del viatico come una specie molto affine al rapporto di passaggio e più prossima a questo rapporto di quanto fosse o potesse considerarsi per l'addietro. Sotto questo punto di vista adunque il nesso coi precedenti si potrebbe anche ravvisare senza grande sforzo mediante l'eliminazione dal vecchio rapporto di tuttociò che in esso poteva esservi di detrito di un certo diritto molto affine al diritto pubblico, così come oggi lo si può intendere in rapporto colle odierne costituzioni degli Stati. Non si può ad ogni modo disconoscere che,

Digitized by Google

anche prescindendo dal suono delle parole, nel vecchio ordinamento territoriale, anzi in ispecie nell'ordinamento feudale, il viatico presentasse un certo carattere di necessità, tenuto conto delle condizioni difficili dei mezzi di comunicazione e degli ostacoli non pure territoriali, ma anche politici, di transitare attraverso a luoghi determinati. Difatti non di rado i feudi si compenetravano, s'intercettavano, si frazionavano in un modo tutto speciale. Guardisi, p. e., l'antico ducato di Benevento, dacchè fu aggregato negli Stati della Chiesa: esso era separato dal patrimonio della Chiesa, propriamente detto, nientemeno che per un altro Stato: il regno di Napoli. Ed allora necessariamente doveva imporsi il bisogno di avere il passaggio attraverso allo Stato napoletano, perchè funzionari ed eserciti passassero nelle debite forme e col dovuto corteo gli uni, con le necessarie salmerie gli altri dallo Stato romano nel ducato annesso di Benevento. E questo passaggio fino ad un certo punto poteva anche concepirsi come atto di semplice cortesia o di buon vicinato; le più volte evidentemente coinvolgeva questioni di corrispettivo o di concessione: ad ogni modo doveva sempre avere una soluzione concordata, qualunque fosse la forma adottata, più o meno diplomatica o politica. Molte volte nel percorso si sarebbero potute incontrare delle bande di briganti; ed allora conveniva attuare un servizio speciale di guida e di polizia, o di avanguardia o di fiancheggio: cosa che non era possibile se non servendosi dell'opera di persone le quali conoscessero i luoghi e sapessero districarsi eventualmente dalle difficoltà di strade montane o boschive, in epoca in cui anche gli eserciti regolari tramavano imboscate e insidie magari alleandosi con torme brigantesche o con avventurieri della peggiore specie. Di risarcimenti, in un periodo in cui i rapporti della vita erano normalmente ispirati alla violenza e alla sopraffazione del più forte sul più debole, naturalmente non poteva parlarsi; e alla fin dei conti, come suol dirsi, chi aveva avuto aveva avuto: e se anche il passaggio era accompagnato dal saccheggio, e passaggio e saccheggio entravano ottimamente nel conto quasi per buon diritto. Insomma, il pericolo per la sicurezza non era meno dalla parte di chi esercitava il transito, che dalla parte di chi doveva tolle-

Digitized by Google

rarlo; mentre oggi non è d'ordinario questione di sicurezza, ma bensì questione di comodità o di necessità territoriale: ed oltre a ciò, come si disse, l'esercizio della servitù ha una maggiore tendenza alla stabilità e alla continuità che non abbia nel sistema feudale dei tempi di mezzo. Guai se allora questi passaggi di truppa si fossero verificati troppo spesso: sarebbero stati la rovina di tanta povera popolazione e avrebbero troppo spesso portato i doni non richiesti della fame e della pestilenza. Naturalmente poi questi passaggi di truppe non avevano uno spazio o territorio rigorosamente obbligato, talchè le truppe non potessero uscirne fuori e dirigersi anche per altra via nello stesso fondo o per altri fondi vicini appartenenti allo stesso vassallaggio: non si trattava di considerare il viatico come una limitazione al diritto di proprietà, da mantenersi in termini strettissimi e nel puro necessario per l'esercizio del diritto reale, ma si trattava di un diritto di sua natura politico, a estensione indeterminata, non regolato neppure da consuetudini nè generali nè locali. Le complicazioni di questo rapporto di viatico potevano essere quasi senza fine; p. e. potevano anche tradursi nella prestazione di un contingente per ognuno dei feudi attraversati, perchè il contingente stesso man mano si aggiungesse all'esercito che attraversava il territorio, e con quello si recasse alle imprese guerresche già designate e alle nuove fazioni sorte per sopravvenuti eventi. E può dirsi che, quanto più aumentassero in quantità ed entità tali prestazioni accessorie, di altrettanto diminuisse l'indole reale del viatico territoriale e la sua approssimazione all'odierno istituto delle servitù prediali. Difatti molte volte gli eserciti, lungi dal percorrere la via più breve attraverso i feudi dipendenti dal loro condottiero o dal signore al quale il condottiero obbediva, seguivano una via più lunga collo scopo di foraggiare meglio o di saccheggiare con maggior profitto o di estorcere maggior denaro a città vicine o d'incutere timore a qualche vassallo in procinto di ribellarsi o di far sentire meglio la propria vicinanza a qualche Stato che non la vedesse o non la dovesse vedere troppo di buon occhio. Quale allora potesse esser l'effetto del vedersi repentinamente vicino un esercito, non preannunziato per la mancanza di pubblicità delle

Digitized by Google

notizie e per la stessa scarsezza delle vie di comunicazione, oggi può appena immaginarsi: si trattava di un vero disastro, che produceva uno spostamento di più o meno insidiose alleanze, qualora altre ne consigliasse l'interesse del momento. Le diffidenze più acute e più sottili invadevano il campo dei rapporti di vicinanza feudale e politica, i negoziati erano nè più nè meno che lotte della più fine astuzia; ed allora più che mai si veniva a conoscere l'importanza d'una buona viabilità, anche per comunicarsi meglio le idee di fronte all'imminenza di un pericolo comune, ossia (come oggi si direbbe) per scambiarsi il giudizio sulla situazione. Certamente, qualsiasi convenzione, pubblica o segreta, tra eguali o tra diseguali nella scala feudale, tra feudatari e Comuni o città libere (considerandosi la libertà municipale come una concessione dell'imperatore, posto a capo della scala feudale) non poteva toglier di mezzo il rapporto feudale di vassallaggio coll'implicito onere del viatico: non v'era altro che la resistenza armata per opporsi al passaggio del proprio signore, fosse esso l'imperatore od uno dei vassalli maggiori. In tal caso non era la nostra azione negatoria che entrava in giuoco, bensì trattavasi di ribellione vera e autentica, con tutte le conseguenze che vi si connettevano, con tutta l'importanza politica che ad essa doveva attribuirsi. Lo spostamento del luogo serviente era tutto in arbitrio del grande feudatario che esercitava il viatico; o piuttosto egli non faceva che scegliere tra diversi territori egualmente sottoposti alla sua padronanza quel territorio che più poteva convenirgli per le sue vedute speciali, fosse pure soltanto per mettere a prova la fedeltà dei suoi feudatari o delle sue città. Il quale intreccio di rapporti e di tattica meglio si addice più che altro al diritto imperiale e alla sua continua oscitanza di contenuto e di estensione; perlochè piuttosto esso rappresentava una tendenza teorica che non sempre un'effettiva potestà pratica, quantunque il diritto feudale nelle diete e nelle costituzioni imperiali stesse potesse trovare come due punti validissimi di appoggio. In fin dei conti, tutto riducevasi a questione di potere o non potere procurar l'osservanza delle disposizioni vigenti e la punizione dei violatori di esse disposizioni e il denaro per trasportare eserciti oltre alle Alpi

Digitized by Google

e i premi per saziare le ingorde e crescenti brame dei vicari imperiali delegati ad esercitare *manu militari* il non facile còmpito di ridurre all'obbedienza i signori o le città recalcitranti. Questa era la procedura e non aveva certamente nulla che fare con la nostra odierna procedura civile e coi rimedi giudiziari e colle esecuzioni le quali, in caso di ulteriore resistenza, non hanno più sanzione e solo vanno a cadere nell'universale panacea del risarcimento dei danni. Allora non erano possibili a questo riguardo che risarcimenti d'indole politica o feudale; ma questi stessi risarcimenti assumevano piuttosto il carattere di punizioni gerarchiche o affidate dal capo supremo della gerarchia all'opera di taluno dei più grandi feudatari incaricato quasi dell'esecuzione della sua volontà. Quanto poi alle modalità nell'attuazione o nell'esercizio di questi rapporti feudali, non si può determinare alcuna modalità che in ogni singolo campo non fosse determinata dall'atto d'investitura; e, se nell'atto d'investitura non contenevasi modalità di sorta, non si poteva questa modalità ritenere o determinare altrimenti neppure dall'uso, che non era sottoposto a controlli e che di solito non si esercitava *inter aequales*. La storia del feudalismo non ci ha tramandato del resto fatti controversi, dai quali possa oggi desumersi qualche norma costante e che importino la fissazione di qualche principio di diritto: tutto era allora rilasciato all'arbitrio della forza, e non v'era buon diritto, specialmente nei rapporti di natura feudale, che, salva l'interposizione di qualche pacificatore di buona volontà, potesse farsi valere senza la forza.

50. È possibile l'istituzione di una servitù per viatico in diritto moderno? Il viatico feudale certamente oggi è scomparso; le disposizioni abolitive sono a questo riguardo completate anche dalle discipline vigenti in senso contrario come diritto pubblico. Per l'ex-regno delle Due Sicilie, p. e., si ebbe la legge n. 130 del 2 agosto 1806, emanata da Giuseppe Napoleone e per la quale disponevasi (art. 6) l'abolizione pura e semplice e senza alcuna indennità di qualunque angaria, perangaria od altra opera o prestazione personale sotto qualsiasi nome, che i possessori di fondi per qualsiasi titolo solessero riscuotere dalle popolazioni o dai particolari

Digitized by Google

cittadini; ma per contro (art. 12) tutti i diritti, redditi, prestazioni territoriali sì in derrate come in denaro, erano conservati e rispettati come ogni altra proprietà. Però qui non si tratta di prestazioni di questa specie e il divieto generale della feudalità si applica con tanto rigore, che in ogni parte d'Italia è impossibile ormai concepire, persino come residuo di sistemi precedentemente in vigore, qualsiasi diritto di viatico che possa dipendere da rapporti feudali. D'altro canto, i mezzi di comunicazione essendo migliorati, non sembra sia più il caso certamente di procurarsi un passaggio attraverso a fondi insieme coll'obbligo di fornire stanze per tappe, guide, alimenti ed accessori simili. Soltanto si potrebbe ammettere l'opportunità di questo rapporto in luoghi inospitali e per paesi alpestri e sforniti in tutto d'ogni immaginabile comodità. Se occorresse poi il passaggio di truppe attraverso a proprietà private, questo passaggio avrebbe luogo per diritto di sovranità non feudale ma statuale, secondo il concetto moderno dello Stato; e al più sarebbe il caso di esaminare se si trattasse delle cosiddette servitù militari, se ed in quanto possano tali chiamarsi. Ma facciamo un'ipotesi concreta. Due fondi sono vicini e le condizioni topografiche della zona territoriale nella quale essi fondi si trovano sono piuttosto disastrose, tanto che specialmente nella stagione delle pioggie si rende assai malagevole il passaggio: poichè il terreno è montuoso e accidentato, vi sono torrenti da attraversare e magari boschi da percorrere; e in quella zona, di scarso transito, non è apprestata una via agevole e adatta specialmente per il trasporto di taluni prodotti boschivi ed anche agricoli che si vogliano, p. e., far passare da un versante all'altro del monte. Non è forse opportuno in tal caso che il fondo vicino, a certe date richieste, oppure anche periodicamente a seconda dei casi, sia obbligato al viatico, vale a dire ad accomodare la strada oppure il passaggio in genere, talchè il transito ne resti favorito e fatto più agevole, fino a che il fondo vicino ha interesse di esercitarlo e salvo a tornar le cose nel pristino disordine appena che il passaggio stesso siasi effettuato? La rarità del caso non toglie di mezzo la possibilità dell'ipotesi e la necessità di trovare una soluzione pratica che valga a sistemare in un modo qualsiasi

Digitized by Google

la situazione di fatto sotto il punto di vista dell'obbligo giuridico e dei rapporti tra le parti forniti di sanzione esecutiva oppure dichiarati idonei ad ufficio di risarcimento nel caso d'inadempienza. Ognun vede come in questo caso si tratta appunto di costruire una figura giuridica possibile, la quale non sia costretta per forza a rientrare in una data categoria, allorchè urti inevitabilmente contro i caratteri della categoria stessa. Or dunque anzitutto occorre una domanda: se cioè un rapporto di viatico costruito a questo modo possa o no formare il sostrato di una servitù prediale. E prima di tutto, qui si trova ostacolo nel contenuto degli oneri in *faciendo* che possono accompagnare lo svolgimento di un diritto di viatico, per tenerlo distinto da un diritto di passaggio puro e semplice. Si tratta dunque ordinariamente di vie provvisorie, le quali si tengono pronte soltanto finchè dura la necessità del passaggio e che, effettuato questo, o non ci sono o non sono praticabili neppure pel proprietario del fondo attraverso al quale il passaggio ebbe luogo; si tratta di apprestare luoghi di rifugio, di rifocillamento, di riposo, e magari servizio di guide. Ora in tutte queste bisogne non può non entrare l'opera dell'uomo, e un'opera diretta, speciale e proporzionata al fine quasi sempre esclusivo nell'utente della servitù e non partecipato neppure dal proprietario del fondo in cui il viatico si svolge.

E quando si dice come regola generale che *servitus in faciendo consistere nequit*, evidentemente si va a porre un ostacolo grandissimo all'attuazione pratica di una tal figura di servitù come tale, ossia in armonia con una costruzione qualsiasi a tipo di servitù prediale. Nè è il caso di richiamare l'eccezione che si ammette riguardo all'*onus reficiendae parietis*, perciocchè l'*onus reficiendae parietis* provvede ad un tempo all'interesse del proprietario del fondo dominante e all'interesse del proprietario del fondo serviente: talchè, anche senza la costituzione d'una servitù, probabilmente, anzi con tutta probabilità, il risarcimento del muro sarebbe avvenuto del pari, e senza dubbio per spontanea iniziativa del proprietario del fondo serviente e nel suo interesse esclusivo, e quindi anche a sue spese. Invece qualsiasi onere di costruzione o di manutenzione che possa aver tratto ad

Digitized by Google

un rapporto di viatico, e qualsiasi prestazione personale al viatico congiunta non si fa che nell'interesse del proprietario del fondo dominante ossia del fondo al quale appartiene l'esercizio del viatico stesso. La stessa strada o sentiero o lo stesso passaggio non si trovano in stato transitabile, se non perchè ed in quanto deve attuarvisi il viatico e non perchè in qualche parte debba approfittarne il proprietario del fondo serviente.

Dunque questi oneri personali non possono ritenersi congiunti ad un rapporto di servitù; essi anzi eliminerebbero implicitamente ogni concetto di servitù in genere e di servitù prediale in ispecie; diguisachè, per mantenere intatto il concetto di servitù prediale, è d'uopo limitarsi al semplice passaggio, senza pretendere di dare a questo una fisionomia particolare, un'impronta nè tipica nè di servitù innominata. Tuttavia, non sarà da considerarsi come errore se le differenze tra il passaggio in una strada o stradello già esistente per servigio del proprietario del fondo serviente e il passaggio in una strada da costituirsi appositamente per la circostanza del passaggio e che avvenuto questo può anche scomparire, si vogliono consacrare in un nome speciale che può anche chiamarsi *servitù di viatico*. Ma, se si vuol mantenere il concetto di servitù, è d'uopo che il passaggio stesso sia apprestato a cura e spese del proprietario del fondo dominante, e che pure a spese e cura di esso si provveda a tutte quelle prestazioni che accompagnano il viatico. Ma poniamo pure che per una convenzione speciale tutti questi oneri, queste spese e queste cure facciano capo al proprietario del fondo serviente: non per questo potrà ritenersi che essi facciano parte del contenuto della servitù prediale. In tal caso si avranno due figure diverse concorrenti: la servitù prediale propriamente detta e le obbligazioni *faciendi* come contenuto di un rapporto personale estrinsecantesi in vari atti che concorrono ad unica finalità e rispondono agli impulsi di una stessa e sola causa, rivolta ad unica direzione. Questa divisione in due figure di un rapporto giuridico unico non deve certamente ripugnare neppure nel campo giuridico, anzi specialmente in questo; perchè non si tratta se non del *nomen iuris*, non già della costruzione di tipi rigidi e im-

Digitized by Google

mutabili o di categorie obbligate e costanti. Intanto il nostro Codice nulla porta a questo riguardo; e nel silenzio del Codice non ci resta che attenerci alle regole generali di diritto, senza svisare in alcun modo la vera indole degli istituti giuridici e la loro esatta denominazione. Se l'atto del passaggio, al quale corrisponde il viatico, si ripete periodicamente e risponde ad una causa perpetua, non è escluso che esso atto possa ritenersi come esplicazione di una servitù prediale in piena regola; nulla v'è di contrario a questa costruzione ossequente alle tradizioni storiche, quali rimontano all'epoca di mezzo e che si vengono adattando ai principii razionali del diritto. Che se si tratta di un passaggio o viatico la cui causa non accenni a ripetersi per un tempo indeterminato, in tal caso si avrà una prestazione od un insieme di prestazioni per una volta tanto, le quali, neppure per la parte che v'ha in esse di reale ossia di relativo ai rapporti da fondo a fondo, non potranno essere considerate come contenuto di una qualsiasi servitù prediale. È vano, lo ripetiamo, ricorrere in tal caso al concetto dell'accessione; poichè se si volesse fare una costruzione complessiva del rapporto reale con questi oneri personali, sarebbe del tutto assurdo parlare di servitù prediali, e allora l'impurità dei rapporti personali guasterebbe la nitidezza del profilo della servitù reale com'è essa sostanzialmente.

Tornerebbe forse più in acconcio ammettere l'asserzione del vincolo reale negli oneri personali? E sarebbe questo possibile? Certamente no: il rapporto reale deve alla sua causa perpetua la prevalenza sull'onere personale o puramente obbligatorio. La impersonalità del contenuto idealizza quasi la costruzione giuridica della figura e la rende necessariamente autonoma, bastante a sè stessa, più adatta alla coazione effettiva per l'adempimento, dal momento che non consiste *in faciendo* ma bensì *in patiendo*. Gli oneri di obbligazione che vi sono congiunti, invece, sono tanto poco completi e sicuri nell'adempimento del loro contenuto, che non si può mai esser sicuri del loro adempimento stesso e, non adempiendosi essi, si traducono unicamente in una forma d'indennità pecuniaria, ossia nel denominatore comune d'ogni obbligazione, perdendo così la fisionomia propria e caratte-

Digitized by Google

ristica ed accomunandosi cogli altri rapporti privi di tipo caratteristico. Ciò non importa già che anche il contenuto di una servitù prediale non possa più o meno tradursi in valore pecuniario; ma significa che la traduzione non è fatta nei rapporti esecutivi, bensì per semplice necessità di calcolare il valore dell'attività patrimoniale che si traduce nell'esercizio della servitù stessa. Questo è evidente e costituisce proprio la differenza tra i rapporti reali e i rapporti personali o di mera obbligazione; quantunque, come si sa, non vi abbia vincolo giuridico il quale non faccia capo all'attività umana, positiva o negativa che essa sia. Quest'attività umana, quando non è personale in una data persona che si obbliga, si attenua e scomparisce di fronte alla posizione reale del rapporto giuridico di cui si segue o si aspetta lo svolgimento. Senza dubbio, anche se una figura di diritto reale accennasse al contenuto del viatico, sarebbe molto più prudente riportarla al tipo del passaggio per evitare gli equivoci e le confusioni possibili colle prestazioni che al passaggio stesso si aggiungono per caratterizzarlo come viatico. Sarà poco male se si perderà un nome storico e una figura storica anch'essa, poichè si perderà per prudenza e per mantenere il punto sostanziale della realità del diritto e delle sue manifestazioni esterne. Certamente, non si può pretendere che le prestazioni personali assorbiscano l'onere reale, ossia che facciano tacere la potenzialità del rapporto di vicinanza e la sua portata come causale di un passaggio inevitabile da un fondo vicino per recarsi ad una meta designata che si trovi oltre il fondo interposto. Ed anche quel tanto di onere personale ch'è strettamente inerente al passaggio stesso, vale a dire lo spandere, p. e., la ghiaia sul territorio da attraversarsi, il render sodo il terreno, il munirlo di ripari laterali, lo sbarattarlo da ingombri vegetali o pietrosi, in quanto costituisce un *onus in faciendo*, va rigorosamente distinto dal rapporto reale, ossia dalla servitù vera e propria. Ciò che non impedisce però di comprendere e il rapporto reale e gli oneri di cui si tratta nel contesto di un medesimo atto o contratto; come se si trattasse di dar vita ad un istituto solo e ad un contenuto perfettamente amalgamato anche sotto il punto di vista giuridico. Tuttociò non

Digitized by Google

riguarda che la forma estrinseca della manifestazione della volontà delle parti; manifestazione, che quantunque presenti ogni miglior diritto di essere osservata e adempita praticamente, tuttavia non può avere nè ha la potenza di alterare le basi del rapporto sotto il punto di vista giuridico e in modo che risponda esattamente ai principii generali così come debbono essere posti in ossequio alla giurisprudenza romana le cui norme debbono applicarsi fedelmente anche per diritto nostro.

Digitized by Google

CAPO IV.

Accesso per raccolta.

51. Interdetto romano *de glande legenda*. — 52. Transizione dall'interdetto alla natura del diritto tutelato. — 53. L'istituto nel diritto attuale.

51. Nel lib. 71 dei suoi commenti edittali, PAOLO ci porta il testo dell'editto pretorio che suona come appresso: *glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto;* e aggiunge per suo conto che *glandis nomine omnes fructus continentur* (L. un., Dig. 43, 28). Sul testo sorge questione circa l'interpretazione del *tertio die;* se cioè debba intendersi un periodo non interrotto di due giorni consecutivi, oppure un giorno per l'altro. A noi sembra preferibile quest'ultima interpretazione, perchè, se l'editto avesse voluto dire che vi erano tre soli giorni utili per la raccolta dei frutti caduti, avrebbe adoperato una forma diversa; e poi come fare a constatare il giorno preciso in cui i frutti caddero? Sarebbe semplicemente ridicolo e puerile. Invece è da ritenersi che, per non dare soverchia molestia al fondo del vicino sul quale i frutti stessi erano caduti, si ammettesse soltanto un passaggio a giorni alterni, tanto che vi potesse essere la possibilità di raccoglierli nel terzo giorno della loro caduta, compreso nel computo il giorno della caduta stessa. Naturalmente, per quanto, data la stagione e l'esposizione ai venti delle piante da frutta, si possa contare in un distacco periodico dei frutti dalle piante medesime, molte volte accadrà che il vicino, o per la minima quantità dei frutti caduti o perchè non ne siano caduti affatto, trovi inutile o superfluo di valersi della facoltà accordatagli dall'editto pretorio per ogni terzo giorno ossia per giorni alterni. Questo distacco continuo, forse più che periodico come la pratica insegna, avviene soprattutto nell'epoca della maturazione, allorchè si sta per raccogliere il frutto della pianta, oppure nell'epoca della quasi maturazione allorchè questo stato del frutto coin-

Digitized by Google

cide coi venti periodici di quella data regione. Ora, se in tal caso si dava l'interdetto *de glande legenda*, questo interdetto era desso a tutela del possesso come tutti gli altri interdetti per regola generale? La questione non è tanto semplice come potrebbe apparire a prima vista. Se non si ricorreva all'editto pretorio per la tutela interdittale, vi era bensì un altro rimedio per recuperare la *glans;* e questo rimedio consisteva nell'*actio ad exhibendum*, come ci testimonia ULPIANO nei commenti edittali (L. 9, § 1, Dig. 10, 4). *Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco; qua actione possum teneri? Pomponius scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet. Nam et si glans extaret, nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis; quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumta sit. Sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero.* Ora l'*actio ad exhibendum* non si esercita sempre, checchè se ne dica, per rientrare in possesso, e molto meno per mantenere il possesso stesso; anzi la sua posizione normale d'esercizio è quando i frutti sono stati consumati dal *pecus*, vale a dire quando è impossibile riaverne il possesso. La qual cosa è avvalorata dalla concessione di una semplice *actio in factum*, o, meglio, dalla denominazione di *actio in factum* del rimedio concesso (che non è altro se non l'*actio ad exhibendum*) nella l. 14, § 3, Dig. 19, 5. *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat*, scrive ULPIANO nei commenti sabiniani, *eamque immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim; nam neque ex duodecim tabularum de pastuo pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.* Ed un'altra specie è pur contemplata da POMPONIO nello stesso libro del Dig. (L. 16, § 1): *permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi, nec pateris me fructus tollere; nullam iuris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debent, deliberari posse; sed erit de dolo.* Or dunque, si deve rite-

Digitized by Google

nere in parte risultante dai testi, in parte non contrariato dai testi stessi e confermato dalla logica del senso comune giuridico che quest'*interdictum de glande legenda* era un vero rimedio possessorio, contrapposto al rimedio puramente *in factum* dell'*actio ad exhibendum*. Ma si dice: Nell'uso dell'*interdictum de glande legenda* si trovano in contrapposizione due distinti e anzi opposti diritti di proprietà: quello del proprietario del fondo da cui si stacca la *glans* o dalle cui piante la *glans* cade, e dall'altra parte quello del fondo su cui la *glans* stessa cade od è caduta e il cui proprietario si oppone a che sia raccolta perchè non vuole che vi si penetri a raccoglierla. Nel cozzo tra due diritti di proprietà egualmente pieni e potenti, si dice, interviene la tutela interdittale a favore della proprietà dalla quale i frutti sono caduti; e si potrebbe anche aggiungere che, caduti i frutti stessi, vi è a loro riguardo una ragione di accessione che favorisce il terreno sul quale i frutti stessi sono caduti e il proprietario di quel terreno. Senonchè vi sono parecchie difficoltà per ammettere che l'*interdictum de glande legenda* sia accordato a tutela della proprietà anzichè del possesso; e questo anche nel caso che la caduta della *glans* si debba ad una protensione di rami sul fondo vicino, acquistata nelle debite forme legali e con titolo sufficiente.

L'accessione non può preoccupare: poichè una cosa mobile non può cedere al suolo, con cui non può avere alcun rapporto di incorporazione; non trattandosi nè di piantagione, nè di edificio, ma soltanto di frutti caduti per ragione di gravità ed anche per l'azione del vento o soltanto a causa del vento e non della gravità. Per qual ragione dunque si sarebbe perduta la proprietà del frutto caduto dal proprietario del fondo dal quale il frutto stesso proviene? Dopo la caduta del frutto il diritto di proprietà si trova soltanto diminuito su di esso, in quanto il proprietario di esso non ne serba la fisica disponibilità per una ragione del tutto casuale e indipendente dal suo *animus*. In altri termini, la proprietà si trova diminuita del possesso che prima vi era inerente, e se ne trova diminuita perchè non si ha più la fisica disponibilità dei frutti come si aveva prima che si staccassero dalla pianta. Ma il frutto se non è più pendente, è separato

Digitized by Google

dalla pianta in tali circostanze di fatto, che non possono portare un'interruzione sostanziale di diritti dominici e molto meno l'abolizione di tali diritti. Appena il proprietario o il suo colono si sarà accorto, nei giri periodici che soglionsi fare al confine, di un distacco prematuro di frutti, egli si adopererà subito ad ottenere bonariamente il passaggio nel fondo vicino; e, se non potrà così ottenerlo, porrà mano senz'altro alla procedura interdittale, perchè egli sostiene non esservi ragione per ritenerlo privo di diritto o per volontaria rinunzia del possesso dei frutti caduti, dei quali, appunto appena caduti, egli si è affrettato a far ricerca. Molto meno si potrebbe dunque ritenere che il proprietario della pianta abbia cessato di essere proprietario dei frutti, solo perchè e da quando questi sono caduti sul fondo del vicino; poichè nè egli avrebbe avuto l'intenzione di privarsi di una tale proprietà, nè il vicino avrebbe avuto intenzione di acquistarla, nè può ammettersi che i frutti sol perchè gettati a terra dal vento divengano *res nullius* come le cose smarrite. Non conviene d'altronde dare una rigidità inflessibile alle regole giuridiche, talmente da ritenere che un colpo di vento, senz'altro muti d'un tratto la condizione giuridica dei frutti di una pianta, all'insaputa dell'uno e dell'altro dei proprietari vicini e quasi *de iure:* conviene adattare la costruzione giuridica alla posizione pratica e trarre dall'insieme dei fatti quel costrutto che si rivela più armonico e proporzionato alla relazione di vicinanza. Del resto, gli *interdicta recuperandae possessionis* rispondono benissimo al bisogno di riprendere la perduta disponibilità fisica ossia il possesso materiale di una cosa, a prescindere dalla questione sulla proprietà della cosa stessa, e tanto se una tal proprietà siasi conservata quanto se siasi perduta; poichè l'aver conservato la proprietà dei frutti non basta a reclamarne il possesso. Nè vale il dire che, quando si è provata la proprietà della pianta e dei frutti che essa porta, non vi sia altro da fare per metter mano all'interdetto *de glande legenda;* perchè il coincidere il possesso colla proprietà non significa in tal caso che l'interdetto non sia dato per il possesso e che sia dato per la proprietà, nè si può dire che la prova della proprietà dei frutti debba necessariamente coin-

Digitized by Google

cidere colla prova della proprietà della pianta. Del resto, sarebbe quasi ridicolo il ritenere possibile in pratica il possesso dei frutti naturali (si noti naturali, e però non adatti alla capitalizzazione) senza la proprietà dei medesimi: poichè, essendo essi utili soltanto in quanto se ne può fare consumo o vendita, nè potendosene far consumo o alienazione per consumo diretto o per rivendita a scopo di consumo finale senza averne la proprietà, chi prova di averne il possesso prova di averne la proprietà o viceversa; se pure non si tratti di un possesso a nome altrui e che pertanto non dà luogo a tutela interdittale. Non conviene dunque essere puerili, nè pedanti, nè disgiungere un lato dall'altro della figura giuridica dei frutti pendenti che si distaccano per cadere nel fondo del vicino; è d'uopo assorgere ad una costruzione vera, derivata da una concezione piena e completa di tutto quanto il meccanismo dei fatti e del rapporto che i fatti possono avere col diritto. Anche se il non proprietario della pianta fa suoi legalmente i frutti pendenti, spetta ad esso però l'esercizio dell'interdetto *de glande legenda*, quantunque il rapporto di vicinanza territoriale tra i fondi sia di natura reale e piuttosto attinente alla proprietà dei fondi stessi?

Quantunque abitualmente non trattata dagli scrittori di diritto romano, la questione può divenir seria anche in pratica. Suppongasi che il proprietario del fondo e della pianta ch'è nel fondo alieni ad un terzo i frutti pendenti di quella pianta; talchè, allorquando i frutti stessi cadono, si debba dire essere sul punto di andare a male una qualche attività patrimoniale di quel terzo. Si noti ora la qualità e la natura del diritto di quel terzo sui frutti. Anzitutto non vi è nessuna difficoltà ad ammettere ch'egli possa sorvegliarli *tertio quoque die* ed anche più spesso, anche tutti i giorni, anche con una custodia continua.

Per far ciò a tutela dei suoi interessi, naturalmente egli si porterà sul fondo in cui trovasi la pianta i cui frutti ha acquistato, con le modalità e alle epoche pattuite, se vi fu patto in proposito, o altrimenti accordandosi volta per volta magari bonariamente col proprietario del fondo in cui trovasi la pianta, ovvero seguendo la consuetudine del luogo. Nè si deve ritenere che egli sia del tutto estraneo al rapporto di

Digitized by Google

vicinanza fra i fondi; perchè, avendo acquistato i frutti della pianta di confine, evidentemente non può sostituire ai frutti di una tal pianta i frutti di altra pianta e perciò si trova anch'egli propriamente impegnato nel rapporto di confine, per quanto concerne la necessità di *legere glandem*, non meno di quanto vi si potrebbe trovare impegnato se fosse acquirente non dei frutti di una pianta di confine, bensì di tutto quanto il fondo. E come nel caso di alienazione, il vicino del fondo alienato non ha diritto ad essere neppure semplicemente avvertito del cambiamento di fondo, molto meno può egli lamentarsi se non gli si è dato avvertimento dell'alienazione dei frutti della pianta di confine. D'altro canto il diritto di *legere glandem* sorge dal fatto e si accorda al proprietario dei frutti pendenti che sia anche, naturalmente, proprietario dei medesimi staccati (si comprende che non si possono ideare due proprietà distinte, l'una sui frutti pendenti e l'altra sui frutti staccati); proprietario che, in sostanza, è anche possessore dei frutti stessi e come tale è ammesso alla tutela interdittale appunto per ricuperare il possesso transitoriamente, ma solo in parte, perduto, tornando nella materiale disponibilità dei frutti stessi considerati come *corpora* non più destinati ad uno sviluppo vegetativo ulteriore, ma come *corpora* a sè stanti e atti a rapporti giuridici distinti da quelli della pianta da cui furono staccati e del suolo sul quale sono caduti. Non reggerebbe la considerazione che il diritto reale spetti soltanto al proprietario della pianta in quanto è tale: perchè il proprietario della pianta non è proprietario anche dei frutti pendenti nella pianta stessa o da essa staccati, per la semplice ragione che egli li ha già venduti o comunque alienati; mentre, d'altro canto, per l'acquirente i frutti cominciano appunto a presentare una vera utilità economica dopo che sono staccati dalla pianta stessa, ossia quando sono caduti.

Nè sarebbe a prescriversi che l'acquirente dei frutti dovesse esercitare l'interdetto *de glande legenda* per tramite del proprietario della pianta, che di quei frutti a lui aveva fatto alienazione, quasichè un tramite siffatto si presentasse come la esplicazione della garanzia per l'evizione; perciocchè evizione non si può dare fino a che la cosa venduta non è

Digitized by Google

contrastata, per lo meno contrastata, da un terzo. Il frutto caduto nel suolo del vicino non è di vero sottoposto ad alcuna evizione, nè vi è persona la quale voglia appropriarselo o contenderlo a chi lo acquistò legittimamente dal proprietario od anche dall'affittuario od usufruttuario della pianta o del terreno dove la pianta si trova; soltanto, liberato dal rapporto di unione vegetativa colla pianta che lo produsse, quel frutto è uscito dalla fisica disponibilità dell'acquirente come da quella dell'alienante ed ha perduto ogni vincolo di accessione col fondo dal cui suolo trasse alimento e vita allorchè il suo stato non era di separazione compiuta. Si paragoni questo fatto al fatto di un animale; tanto più che il parto può essere precoce, come può essere immaturo il frutto che cade dalla pianta. Ora, se l'animale partorisce fuori della rimessa o del campo del suo padrone, non meno per questo potrà dirsi che il feto appartenga al padrone della madre oppure al suo avente causa; e sarebbe perfettamente puerile il ritenere che diventasse cosa del proprietario del fondo dove il feto stesso cade e dove resta o può restare per qualche tempo prima che sia raccolto ed asportato. Al modo stesso il frutto della pianta, distaccandosi da questa e cadendo in suolo altrui, non può ritenersi uscito dal dominio del proprietario del fondo al quale la pianta appartiene o di chi dal proprietario stesso lo ebbe a titolo di alienazione; purchè non vi siano ragioni sufficienti per ritenerlo abbandonato, come sarebbe se *tertia die* il suo proprietario legittimo non ne facesse ricerca coll'interdetto *de glande legenda*. Così stando le cose, è piuttosto da ricercare se l'*interdictum de glande legenda* corrisponda o meno al contenuto di una servitù prediale; la qual cosa non sembra sia a dubitarsi seriamente, quantunque non siavi un testo preciso che alluda ad una servitù tipica in questo senso. Ma ognuno vede che l'*interdictum de glande legenda* resterebbe lettera morta, se non fosse accompagnato dalla possibilità di *legere glandem*, vale a dire di penetrare nel fondo del vicino per effettuare la raccolta dei frutti ivi caduti; la qual possibilità o facoltà di *legere glandem* viene dalla legge come rapporto di vicinanza e potrebbe pertanto chiamarsi colla denominazione di servitù prediale.

Digitized by Google

Senonchè qui possono tornare le antiche e generali contrarietà circa l'esistenza delle servitù legali, le quali dovrebbero invece più esattamente chiamarsi limitazioni legali della proprietà o modi di estrinsecare il diritto di proprietà sulle cose. Non altrimenti si può fare la costruzione giuridica del diritto delle distanze legali che debbano serbarsi nell'*aedificatio* o nell'*implantatio* tra due fondi vicini; senonchè la nostra ipotesi è diversa da quella fatta nei moderni codici per la cosiddetta impropriamente servitù legale, ed anche diversa dall'ipotesi dell'art. 537 Cod. civ. In quest'articolo infatti si ammette espressamente che. *se le sponde o gli argini che erano in un fondo e servivano di ritegno alle acque siano stati distrutti od atterrati, o si tratti di ripari che la variazione del corso delle acque renda necessari, ed il proprietario del fondo stesso non voglia ripararli, ristabilirli o costruirli, possono i proprietari danneggiati o che fossero in grave pericolo, farvi a proprie spese le occorrenti riparazioni o costruzioni:* ma si ammette questa riparazione, questo ristabilimento o questa costruzione a cura del proprietario delle sponde e degli argini; e, solo se egli non consente a farlo, possono farlo a propria cura e spese i vicini interessati. Nel *legere glandem* invece il proprietario della *glans* o chi per esso ha diritto di penetrare nel fondo del vicino per effettuare da sè stesso la raccolta della *glans;* quantunque il proprietario del fondo, sul quale la *glans* è caduta, si assuma di fare per propria iniziativa e a sue spese tutto quello che occorra per raccogliere i frutti e portarli al proprietario del fondo dal quale essi provengono. Questo secondo lo spirito delle disposizioni dello stesso diritto romano sembra essere il vero concetto e questa la vera portata dello *ius glandis legendae.* E si comprende quanto debba importare che il proprietario dei frutti coi suoi occhi stessi vegga e verifichi la quantità e qualità dei frutti caduti, ossia, come suol dirsi, vegga da sè stesso il fatto suo, quasi per controllo alle asserzioni e all'azione, che potrebbe anche essere interessata e fraudolenta, del proprietario del fondo sul quale i frutti caddero. Una tale accentuazione del suo diritto, esplicata in una forma così diretta e così energica, pone il proprietario del fondo dal quale provengono i frutti

Digitized by Google

stessi in una condizione che non corrisponde al minimo e puro necessario per attuare i rapporti di vicinanza; è qualche cosa di più che accenna quasi ad un diritto aggiunto, di natura reale e quasi con portata di una servitù. In sostanza, il proprietario del fondo vicino dotato di piante fruttifere, per non lasciar decorrere la specie di prescrizione della *tertia dies*, tutti i giorni addirittura dovrebbe, anche per una quantità insignificante di frutti caduti, penetrare nel fondo vicino e quivi intrattenersi per il tempo necessario a raccogliere e prendere i frutti, naturalmente attraversando il fondo del vicino stesso come si farebbe per attuarvi un passaggio qualsiasi. Ed allora la cosa è d'una certa importanza e non è tanto limitativa del diritto di proprietà del proprietario del fondo sul quale i frutti cadono (considerato questo diritto di proprietà anche soltanto come uno *ius prohibendi* esercitato o da potersi esercitare in contraddittorio col proprietario del fondo da cui provengono i frutti caduti), ma piuttosto esplicativa d'un atto d'iniziativa propria e quasi di una *longa manus* della proprietà stessa, perchè serve per arrivare alle cose proprie cadute nel terreno altrui senza intenzione e pur senza azione di sorta del proprietario. Insomma la posizione di questa figura giuridica e la conformazione di essa possono piuttosto paragonarsi alla servitù di passaggio sul suolo altrui. Vero è che il passaggio necessario può considerarsi come una limitazione legale della proprietà, quantunque si trovi appunto in quella zona delle limitazioni legali che confina molto davvicino colle servitù vere e proprie; ma neppure il passaggio legale offre questa particolarità di costituire come una *longa manus* del proprietario sporta sul fondo a lui non spettante per ivi tornare in corrispondenza diretta colle cose proprie. Anzi vi è pur questo; che nulla esclude possa il passaggio essere reso più comodo convenzionalmente di quanto potrebbe esserlo per semplice effetto di legge: come nulla esclude possa la *lectio glandis* essere agevolata e resa più comoda da apposita e opportuna convenzione tra le due parti. Ed allora, se pure si volesse ritenere limitazione legale della proprietà quella parte del rapporto di vicinanza che è necessaria ed indispensabile per render possibile l'esplicazione del diritto del

Digitized by Google

proprietario, o di un suo avente causa, sui frutti caduti; il di più di questo rapporto, oltre quanto v'ha in esso di assolutamente necessario, sarebbe convenzionale e dovrebbe ritenersi certamente come il contenuto d'una servitù legale. Ad ogni modo, la tutela interdittale accordata nel diritto romano non riguardava che semplicemente il possesso che trattavasi di recuperare; ma non si trattava propriamente di esplicare il diritto di proprietà, piuttostochè di assicurare o consolidare l'esercizio del possesso anche di fronte agli ostacoli derivanti dalla forza maggiore o dal cosiddetto caso fortuito o naturale. Quanto alla *cautio damni infecti*, obbligatoria per l'esercizio dell'interdetto *de glande legenda*, essa non risponde necessariamente soltanto alla tutela di un *minimum* corrispondente all'esercizio di un diritto legittimo o legale di vicinanza, ma ad una ragione di equità generica, senza una causa specifica e solo per evitare che il comodo di un vicino si eserciti a scapito dell'interesse economico dell'altro vicino.

52. I giureconsulti romani non curarono di ricostruire sull'*interdictum glandis legendae* la natura del diritto tutelato da quello interdetto: e forse pensarono che, data la scarsa entità economica del diritto, non ne valesse la pena. E difatti in parecchi casi i giureconsulti romani si diportarono in siffatta guisa; essi non vollero insistere sulla portata giuridica nè determinare con tutta precisione sin dove dovesse ritenersi estesa e qual forma davvero assumesse in tal caso la limitazione dell'altrui proprietà. È anche probabile che la *lectio glandis* avesse luogo senza un serio controllo da parte del proprietario del fondo dove la *glans* era caduta o da parte dei suoi rappresentanti o coloni, specialmente quando la quantità non ne fosse considerevole. Del resto, quale rapporto si potrebbe sostituire a quello del passaggio e della permanenza sul fondo vicino, per mettersi in grado di recuperare i frutti ivi caduti dall'altro fondo confinante e spettanti in proprietà al proprietario di quello? Non vi si potrebbe sostituire altro che un diritto personale, con esplicazioni d'ordine semplicemente obbligatorio: e quindi o il risarcimento dei danni puro e semplice, ovvero l'obbligo di

Digitized by Google

raccogliere le frutta cadute e farle avere al loro proprietario, vale a dire una *coactio ad factum*, la quale non può avere sanzione protettiva e per ultimo e definitivamente si tradurrebbe in un semplice risarcimento di danni, come se questo e non altro sin dapprincipio fosse stato pattuito. Ora un simile contenuto non può certamente sembrare sufficiente per corrispondere all'interesse del proprietario del fondo da cui provengono i frutti caduti o di qualsivoglia avente causa da lui; costui vuole senza dubbio aver facoltà di vedere da sè le cose sue e di recuperare effettivamente i frutti che caddero: in altri termini egli aspira al diritto reale.

Se questo diritto reale diventa poi addirittura diritto di servitù, tanto meglio: anzi si deve esaminare, se, data la causa della *glandis lectio*, sia più conveniente un semplice diritto reale ovvero un diritto di servitù, al modo stesso del passaggio. E certamente lo *ius glandis legendae*, considerato come diritto reale, rende indispensabile il passaggio sul fondo dove i frutti caddero; dappoichè non è presumibile che si adottino congegni di apprensione e di sollevamento che sporgano dal fondo donde caddero i frutti sul fondo ove caddero, per evitare l'ingresso nel fondo vicino di una persona estranea. Ed ecco che la *lectio glandis* richiede in primo luogo il passaggio da un fondo all'altro e la temporanea occupazione di quel fondo, fino a quando dura l'operazione della *lectio* stessa, che del resto non può essere di una durata soverchiamente lunga: ma questo passaggio è dissimile dal passaggio ordinario, in quanto l'azione del passaggio termina nello stesso fondo che dà il passaggio, perchè in quel fondo se ne realizza il contenuto tutto intiero e tutto intiero il suo scopo, senza altrimenti proseguire o lasciar traccie. Evidentemente, tutte le regole di economia che vigono per l'esercizio del passaggio debbono osservarsi anche nell'esplicazione dello *ius glandis legendae*, nel senso di scegliere la via più breve, di produrre il minor danno o fastidio conciliabile coll'esercizio del proprio diritto e dell'attività propria: talchè, allorquando si vegga che l'esercizio di questo diritto esorbiti dai limiti che gli sono stati assegnati, si trovi senz'altro un mezzo adatto a ricondurvelo come a sua posizione normale e legittima. Il passaggio per la *lectio glandis* poi, siccome quello che ordina-

Digitized by Google

riamente serve ai coloni del fondo da cui caddero i frutti, non è punto necessario che sia circondato da grandi agevolezze, nè che si eserciti con molte comodità. Non occorre strada o stradella, ma può ordinariamente bastare un semplice attraversamento dei campi, anche tenuti a zolla e con una sistemazione appena rudimentale; talchè è ben difficile per i terzi lo accorgersi persino di un tal rapporto in attuazione.

E così anche per diritto romano, nel quale questo della raccolta dei frutti caduti doveva rappresentarsi come un caso semplicissimo, sfornito di diritti accessori o complementari, unicamente consistente e concentrato nel fine di non perdere le cose proprie. Ed anche quando la caduta di frutta fosse stata così d'un tratto e la quantità delle frutta cadute tanto considerevole da richiedere pel trasporto carichi o giumenti, i giureconsulti romani, quantunque non avessero considerato l'ipotesi speciale in modo espresso, non si sarebbero tuttavia trovati a disagio, stante la evidentissima applicabilità della massima che chi vuole il fine deve volere i mezzi e chi ammette la raccolta dei frutti caduti deve altresì ammetterne il trasporto. Ed allora, in certi casi, l'incomodo del fondo serviente può anche crescere a proporzioni considerevoli: dappoichè la raccolta dei frutti, i quali, staccati dalla pianta e lasciati senz'altro sul terreno, sono suscettibili di un considerevole deperimento, non ammette dilazione se non di qualche ora; di sorta che, nell'urgenza di provvedere, non deve neppure sorgere soverchia preoccupazione di danneggiare i raccolti del vicino, che provengano dal semenzato. Ed ecco perchè si volle disporre in diritto romano per la prestazione di una cauzione idonea a compensare il vicino del danno che egli dovrebbe soffrire per conseguenza dell'attraversamento stesso a scopo di raccolta dei frutti caduti e loro trasporto da un fondo all'altro oppure da un fondo (quello sul quale caddero) alla via pubblica. Infine, qualunque fosse l'entità del diritto così com'era esplicato, il risarcimento dei danni doveva giungere proporzionato e corrispondente senza nulla di più che restasse allo scoperto e a carico del proprietario del fondo sul quale i frutti caddero. Questa necessità di una cauzione pel risarcimento fa supporre già senz'altro

Digitized by Google

che non si potesse sempre prevedere con una certa precisione l'entità delle conseguenze nell'esercizio di un tal diritto e che anzi fin dapprincipio si presagisse che le conseguenze dell'atto stesso andassero assai più in là delle più normali previsioni.

E, se si prevedevano danni più o meno considerevoli per l'esercizio del diritto reale, ciò importava naturalmente che il diritto reale non potesse essere sostituito da alcun rapporto personale, e neppure dall'equivalente dei frutti; nel caso che il proprietario del fondo sul quale questi fossero caduti od abitualmente cadessero si fosse voluto o si volesse liberare da ogni molestia e principalmente dall'incomoda intromissione del vicino o dei suoi uomini e dei suoi carri o giumenti. Vero rapporto di vicinanza, dunque, derivante dalla natura e dalla situazione dei luoghi, passibile di reciprocità per la stessa causale, non surrogabile da prestazioni pecuniarie, non riscattabile per volontà unilaterale: e solo adatto a regolamento di *modus* per volontà di entrambi i vicini. Non è detto neppure che il proprietario del fondo sul quale sono caduti i frutti debba essere avvertito quante volte il proprietario del fondo da cui caddero i frutti o un suo rappresentante od avente causa intenda di recarsi sul fondo vicino per *legere glandem:* quindi nessun dovere in chi *legit glandem* di preavvertire il vicino perchè assista o si faccia rappresentare all'uopo sopra luogo in ore determinate e magari in modi determinati e con veicoli indicati. Il vicino che vede dei frutti cadere dal fondo confinante o che ha piante dall'altra parte del confine, dev'essere preparato a questo ingresso del proprietario dei frutti e non può mostrar sorpresa e molto meno risentimento per l'ingresso del proprietario dei frutti caduti o suo rappresentante od avente causa. Ha bensì il diritto di sorveglianza sulla *glandis lectio*, ma questo diritto egli deve esercitare a sua diligenza e a sue spese, come un qualsiasi atto d'esercizio dello *ius proprietatis*, senza annetterci i contorni d'una costruzione speciale o d'una importanza caratteristica. Egli non potrà, ad ogni modo, impedire al confinante di avvicinarsi, di penetrare e di raccogliere, quando il vicino abbia dato la cauzione a lui richiesta per garanzia degli eventuali danneggiamenti: che se non è data cauzione,

Digitized by Google

evidentemente il diritto *glandis legendae* non può esercitarsi e può essere proibito per mezzo degli interdetti possessori. Però anche in diritto romano è possibile un regolamento convenzionale, tra le parti, di questo diritto; e lo abbiamo detto, pur senza avere tra i documenti di quell'antico diritto la traccia di alcun *negotium* in questo senso, modificativo ed aggiuntivo alle disposizioni della legge generale. Ma quale che siasi il contenuto della convenzione, questa non potrà mai alterare la natura del diritto di passaggio per raccolta: soltanto, quando vi è il rapporto convenzionale, non si può negare che si esorbiti già dal contenuto di una semplice limitazione legale del diritto di proprietà, se pure si voglia ritenere che lo *ius glandis legendae*, tale quale viene dalla legge, non rappresenti nulla di più che una configurazione del rapporto di vicinanza per necessità di situazione. Ed allora, naturalmente, anche in diritto romano, questo di più sul rapporto legale, non può assumere altra configurazione all'infuori di quella di una servitù prediale vera e propria, dovuta alla volontà delle parti costituenti la modalizzazione di un reciproco interesse; quì il *modus* si traduce nella quantità dell'impegno, nell'intensità del vincolo, nella diversa estensione del diritto.

In tutti i casi *lectio glandis* non può avvenire senza attraversamento del fondo nel quale la *glans* è situata; vi sono dei casi in cui siffatto attraversamento non basta sia fatto da una persona sola nè senza il sussidio di somieri o di carri a cui siano aggiogati i giumenti. È anche possibile, che, per evitare il guasto di frutta delicate e per non esporle al freddo o alla rugiada, la raccolta debba farsi sul limitare della sera o sull'entrar della notte, con maggior disagio e da parte di chi penetra e da parte del fondo nel quale la penetrazione si effettua. E se il terreno nel quale i frutti del vicino sono caduti è semenzato, possono essere imposte, per contratto o per consuetudine, delle speciali cautele perchè il danno divenga men grave; e di vero non è detto che la prestazione della cauzione, anche congrua, importi ampia facoltà in chi la prestò di fare tutto quel che vuole, di cagionare una quantità sovrabbondante di danni, di guastare e rovinare da tutte le parti col pretesto di risarcire poi ogni cosa. Conviene anche tenere

Digitized by Google

conto della entità del danno che si reca in confronto col valore delle frutta che si raccolgano; perciocchè, qualora questa entità sia sproporzionata a quel valore, conviene più, sotto il punto di vista pratico, abbandonare quelle frutta intieramente, oppure combinarsi alla bell'e meglio col proprietario del fondo sul quale le frutta caddero perchè egli prenda quelle frutta, le venda o le consumi verso un congruo indennizzo da corrispondersi al loro proprietario. In nessun caso poi l'accesso per *legere glandem* deve rappresentare il pretesto e l'occasione per l'esercizio di atti emulativi o dispettosi tra un vicino e l'altro, poichè allora mancherebbe la serietà degli istituti giuridici e il contenuto economico del negozio.

Il non essere lo *ius glandis legendae* annoverato tra le servitù prediali tipiche del diritto romano non influisce, a quanto pare, gran fatto sull'indole di quel diritto. Già si è detto che, nello stesso diritto romano, non sempre è possibile ridurre una data servitù ad un denominatore tipico; vi erano anche secondo la giurisprudenza romana, o vi potevano essere, dei rapporti reali semplici od anche delle vere servitù innominate, irriducibili. La protezione interdittale nulla aggiunge e nulla toglie alla caratteristica delle servitù, perchè le servitù sono passibili di possesso e di quasi-possesso, tanto da meritare una tutela possessoria o quasi-possessoria. Non è neppure da escludersi che siasi trattato di vera servitù apparente, per quanto esercibile ad intervalli e secondo il bisogno soltanto; e neppure si vuole escludere che il diritto *legendae glandis* fosse così inerente al fondo e alla proprietà del fondo stesso, da restare intatto anche cambiando la persona del proprietario così del fondo dominante come del fondo serviente.

Non è neppure escluso che questo diritto si potesse riscattare in perpetuo ovvero a tempo mediante la corresponsione di un indennizzo periodico o per una volta tanto a seconda dei casi; quantunque di simili contratti la vita romana non ci abbia lasciata traccia. E neppure abbiamo disposizioni che accennino ad una qualsiasi limitazione nel diritto di penetrare sul fondo vicino per effettuare la raccolta dei frutti caduti, per non danneggiare i prodotti o le semenze del fondo

Digitized by Google

stesso: al qual riguardo è logico di ritenere applicabile quanto si può disporre per il semplice e generale diritto di passaggio. Certo è che in ogni corpo di giurisprudenza organizzato vi sono delle figure giuridiche le quali sembrano destinate non già all'oblio, ma a passare in secondo ordine e a non dare un grande contributo alla vita del diritto. Vi sono anche altre figure ed altre ipotesi che non lasciano traccia di sorta: e di questa una è quella dell'inseguimento del proprio animale domestico o da lavoro dal fondo che si possiede nel fondo di qualche vicino. Questa necessità d'inseguimento però può presentarsi solo rarissimamente e in via del tutto eccezionale, di fronte alla relativa frequenza della *lectio glandis;* talchè, quando si presenta, il buon vicinato provvede ad eliminare ogni difficoltà: salvo sempre il risarcimento dei danni. Del resto, il diritto d'inseguimento del proprio animale, se pure ha rapporto colla vicinanza del territorio, non ha però un nesso necessario col rapporto di confine; poichè l'animale inseguito può essere catturato anche in un luogo parecchio lontano dal fondo al quale esso stesso era addetto. La caduta del frutto pendente invece è, per la prevalenza della legge di gravità nella caduta, assai più probabile proprio sulla linea di confine dei due fondi vicini o nelle immediate adiacenze della linea stessa, anzichè ad una distanza considerevole e addentro nel fondo stesso confinante: tenuto conto anche della circostanza, che alle piante è prescritta una certa distanza dal confine e che senza l'azione del vento e solo in certe stagioni ordinariamente è possibile una tale caduta. Questo istituto, del resto, anche nel diritto romano doveva restare giustificato dalle condizioni di reciprocità dell'onere come del benefizio in cui la posizione territoriale stessa poneva due fondi confinanti tra di loro: e perciò, sotto un tale punto di vista, come il passaggio, si potrebbe considerare piuttosto quale una limitazione legale della proprietà che non quale una servitù. Ottima cosa sarebbe forse appigliarsi a quest'ultimo partito, se non vi potesse essere qualche riflesso in contrario degno della massima considerazione sotto il punto di vista economico e giuridico. Sotto il punto di vista economico: poichè il valore dei frutti caduti non può essere certo considerevole; e infatti o i frutti stessi, per cadere anche sotto l'azione

Digitized by Google

del vento, sono d'imperfetto sviluppo o di soverchia maturazione (e se oltrepassano il grado della giusta maturazione la colpa di non averli raccolti a tempo deve ricadere sul proprietario che ne trascurò la raccolta), ovvero di qualità scadente. Sotto il punto di vista giuridico non si deve ritenere che tutto quanto si posa nel suolo addivenga come in proprietà del proprietario del fondo stesso, quasi per diritto di accessione territoriale, mentre nè vi è alcun atto di volontà di perdere quei frutti da parte del proprietario dal quale i frutti stessi provengono nè da parte del proprietario nel quale i frutti si posano vi è alcuna dichiarazione di volontà per acquistarli, nè *ipso iure* si effettua alcuna incorporazione dei frutti col suolo dove caddero e col quale i frutti stessi non serbano alcun rapporto di vita organica. Quindi è che noi dobbiamo più veramente escludere la limitazione all'esercizio della proprietà da parte del vicino e ridurci alla costruzione della servitù prediale, la quale, se non altro, appalesa un contenuto netto e preciso a motivo del diritto di passaggio che serve di mezzo per giungere al luogo della *lectio glandis*, cioè al luogo dove si esercita il diritto. Del resto, la causa perpetua al diritto e all'esercizio del diritto non manca; e questa causa perpetua, in sostanza, si traduce e si compendia nella vicinanza o anzi nella confinazione dei due fondi. Per la qual cosa non conviene impressionarsi della poca entità del diritto e del suo contenuto economico-patrimoniale: il diritto è quello e si classifica in quella categoria determinata, senza equivoci, senza malintesi, e, per quanto si voglia circondarlo e avvicinarlo nella sua manifestazione, non si troverà mai qualche cosa di essenzialmente diverso dalla servitù o di profondamente distinto dalla servitù stessa. Senza dubbio, la poca entità della cosa non poteva destare un grande interesse e non potevano destare interesse quelle ben rare controversie che si saranno potute svolgere od applicare a questo caso. Certo il dire che in un rapporto di fatto che involve considerazioni di mio e di tuo non vi sia un contenuto giuridico, per piccolo che questo sia o possa essere, che esso non produca anche una figura giuridica, non è cosa seria: se non altro, lo ripetiamo, si possono qui trapiantare tutte le questioni relative al contenuto giu-

Digitized by Google

ridico del rapporto di passaggio che vi è incluso e che non sono poche nè lievi a risolversi. Nè si potrà ammettere una costruzione doppia del rapporto, ossia una distinzione del passaggio dalla raccolta dei frutti; perchè, l'una cosa servendo di mezzo e di strumento all'altra, è giuocoforza seguire la ragione logica del fine e riconoscere (ciò che del resto è naturale e vero) l'assorbimento del mezzo nel fine stesso.

Si comprende poi che il contenuto del passaggio sarà sempre meno accentuato quando il passaggio stesso serve di mezzo alla raccolta dei frutti caduti, che non quando serve di fine a sè stesso: poichè, fino a che serve di mezzo e non di fine, per la logica coordinazione al fine, è meno che mai di nocumento o di fastidio al vicino sul cui fondo i frutti sono caduti o cadono e debbono poi essere raccolti. La qual costruzione giuridica si traduce nel puro e semplice ricupero delle cose proprie, poichè altra non è la finalità ultima del diritto di cui si tratta, nè in altro modo si può esplicare la dinamica funzionale della figura giuridica di cui è parola, considerata nella sua interezza.

53. Nel diritto nostro attuale non trova consacrazione giuridica l'istituto della raccolta dei frutti caduti come istituto speciale dotato di norme proprie, e neppure come rapporto di vicinanza tra due fondi. Ma ciò non toglie che si possa, senza una convenzione speciale per entrare nel fondo altrui e raccogliervi i frutti che vi sono caduti, esplicare a tal'uopo l'*actio ad exhibendum* ossia il mezzo per costringere il vicino a far recapitare i frutti caduti nel fondo dal quale essi provennero; se pure egli spontaneamente non preferisca di fare entrare il vicino stesso acciocchè da sè li raccolga.

Si sa del resto come l'azione esibitoria non rappresenti, in buona sostanza, che un puro eufemismo; poichè in ultima analisi l'esibizione sta semplicemente a respingere e rendere inutile l'azione per indebito arricchimento, di cui si dovrebbe fare uso nell'ipotesi che il vicino non consentisse o a riportare egli stesso i frutti caduti all'altro vicino oppure a tollerare che il vicino stesso venisse a riprenderli da sè. Ora questa azione d'indebito arricchimento o la corrispondente

Digitized by Google

esibizione che serve ad eliminare una tale azione hanno luogo allorquando non c'è un patto speciale e in forza dei principii generali del diritto. Un patto speciale può, anche secondo il diritto nostro, dar vita in tal caso ad un vero e proprio rapporto di servitù prediale, nel quale i due fondi vengano a trovarsi in occasione della loro vicinanza ma non per effetto necessario della vicinanza stessa. Tanto che non vi sia altra soluzione fuorchè ricorrere alla costruzione d'una servitù prediale, in tutta l'estensione del termine e in applicazione di tutte le regole che ad essa si riferiscono. Stabilito il contenuto convenzionale d'una tale servitù, in mancanza di ulteriori e più espliciti patti potrà esplicarsi per il suo esercizio la legge del minimo mezzo, ossia la disposizione economica che presiede all'esplicazione d'ogni servitù e così ogni altra disposizione generale relativa appunto all'esercizio delle servitù in genere e delle servitù prediali in modo speciale. Queste norme vogliono certamente essere applicate per ogni caso con quei criteri che potranno essere dettati dalla considerazione del caso singolo. Ma, per esempio, in ogni caso non sarà certamente ammissibile un passaggio per via più lunga che non sia il passaggio al confine e alla linea di confine; se pure al confine stesso non siavi ostacolo di muri o di fossi larghi e profondi: nel qual caso è d'uopo ammettere per necessità una via obliqua. Il passaggio sulla linea di confine recherà il minor danno al vicino e non diminuirà certamente i mezzi di riprendere le cose proprie, i proprii frutti caduti nel fondo del vicino. Ancora, se questa raccolta, in condizioni non eccessivamente sfavorevoli pel raccoglitore, può farsi semplicemente a mezzo di corbelli trasportati a braccia d'uomo, non è il caso di ricorrere a veicoli o a traini, quantunque quest'ultimo mezzo possa abbreviare il tempo occorrente al trasporto dei frutti raccolti. In ogni caso poi si deve il risarcimento dei danni al proprietario del fondo dove ebbe luogo la raccolta e questo risarcimento, se non v'è accordo di parti, dev'essere fissato dal giudice. Ed il rapporto certamente deve mettersi nel novero di quelli che sono designati dalla situazione dei luoghi; quindi non può ammettersi che, senza l'espressa convenzione, si debba ritenere che il rapporto non abbia luogo, se non perchè vi è

Digitized by Google

una sola ragione: l'inesplicabile silenzio della legge, la quale d'altronde non tollera interpretazione estensiva. Ed anche v'ha di più: la legge, nel delineare il passaggio necessario, parla di passaggio nel fondo vicino attraverso uno o più altri fondi vicini, in quanto che la strada così percorsa non è se non il transito per raggiungere il fondo dominante; ma non parla di passaggio attraverso uno o più fondi vicini per raccogliervi i frutti staccatisi dagli alberi situati nel proprio fondo ed ivi caduti senza il concorso dell'opera dell'uomo. A nostro modo di vedere, questa omissione non è punto da lodarsi, perchè rivela un'improvvida dimenticanza del legislatore. Dal momento che, di molta o di poca entità, il rapporto vi è ed è inevitabile per ragioni di vicinanza, naturalmente (tanto più che d'ordinario non vale la pena di regolarlo con un contratto speciale) la legge non può ragionevolmente esimersi dal farne oggetto di espresse e chiare disposizioni regolatrici.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

SERVITÙ DI SFRUTTAMENTO DIRETTO

Queste servitù offrono delle caratteristiche ben distinte in confronto delle altre. Non è più nè la distanza come espediente preventivo di futuri eventuali conflitti, nè la regolazione delle sporgenze fuori della linea perpendicolare, nè la sistemata necessità del contatto, nè la semplice e transitoria penetrazione nel suolo altrui, ma è l'utilizzazione diretta e l'appropriazione delle materie e delle forze produttive del suolo altrui. Questa è quasi una partecipazione alla proprietà, una comunione di proprietà. Nel diritto reale si approfitta bensì della cosa altrui menomando il diritto esclusivo del proprietario di essa; ma ciò non annulla nè in tutto nè parzialmente questo diritto, perchè così del diritto pieno come del frazionario risulta possibile la contemporaneità dell'esercizio e dalla parte del proprietario e dalla parte dell'esercente il diritto di passaggio. Quì v'ha qualche cosa di più: l'esclusione non spetta già al proprietario contro il non proprietario, ma al non proprietario contro il proprietario. O si tratti di pascolo, o di cottura di calce, o di fosso, o di estrazione di creta o di pietre dal fondo altrui; in ogni caso è il non proprietario che penetra nel fondo di proprietà altrui, ne fa consumare il pascolo dalla sua greggia, oppure ne rompe il suolo o ne porta via la materia negli strati profondi disturbandone il livello, alterandone la crosta, distruggendone lo strato coltivabile. E, se il fondo, a mo' di

Digitized by Google

esempio, non offre altra risorsa migliore del pascolo, concedere il pascolo significa più o meno affittare il fondo e cederne le utilità; la qual cosa a prima vista sembra oltrepassare la portata di un vero e proprio diritto reale, frazionario della proprietà, e rientrare davvero nella sfera di un condominio vero e proprio. E il pascolare, in questo caso, e l'estrarre creta e pietre, e il cuocere la calce nel fondo altrui significa, in fin dei conti, un farla da padrone: talchè viene proprio la voglia di domandarsi se, essendo l'industria estrattiva o la pastorizia ciò che costituisce la principale ricchezza del fondo stesso, e in alcuni casi anzi la risorsa unica, non sia piuttosto il caso di alienare il fondo sottoposto a quella servitù, perchè la pastorizia o l'industria estrattiva possano esercitarvisi liberamente e *iure proprietatis* addirittura, non già come contrapposto alla proprietà stessa. Ma pure, se le parti interessate scelsero questa e non un'altra forma di convenzione, segno è che vi trovarono il loro tornaconto e la legge non può pretendere di sostituirsi alla loro volontà manifestata in via contrattuale. Il fondo deve sfruttarsi, non migliorarsi, perchè d'ordinario esso in questi casi non è adatto a coltura intensiva che possa dare effetti rimuneratori ossia che compensi le spese e dia per giunta un qualche profitto: e, dovendosi sfruttare, espone tutta quanta la sua produttività al pascolo o alla estrazione; oltre a ciò e al difuori di ciò la figura giuridica non ha altro costrutto pratico. Che poi questi rapporti si debbano caratterizzare come rapporti di servitù, e non p. e. come rapporti di enfiteusi, resta ancora a dimostrare. L'utente dei pascoli non potendo avere alcun dominio vero e proprio, nè diretto nè utile, sul fondo in cui il pascolo si esercita, manca nel caso l'intenzione del *dominus*. Di più in quel fondo non intende fabbricare (e si potrebbe farlo anche sul masso nelle più aspre giogaie), non intende far legna o utilizzare il bosco, o viceversa; se pure non sia costituito per ciò un diritto apposito e distinto e non si tratti di utilizzare anche questo. Ma sempre, in potenza almeno, resteranno intatte, allo stato di possibilità per lo meno, altre facoltà del proprietario che l'utente non intende affatto intaccare: e basta ve ne resti intatta e intangibile una sola,

Digitized by Google

perchè manchi la pienezza tutta propria e caratteristica del diritto di proprietà e perchè si accenni senz'altro al diritto frazionario della proprietà e perchè si escluda la presenza della vera proprietà considerata come un diritto pieno. Nè può trattarsi di proprietà o di condominio su di uno stesso fondo, perchè i comproprietari o condomini dovrebbero avere su di esso la medesima estensione e il medesimo contenuto di diritti; mentre nella nostra ipotesi diverso è il contenuto del diritto del proprietario e diverso quello dell'utente il pascolo o dell'utente il taglio boschivo, se non altro quanto a possibilità di esercizio. Ad ogni modo basterebbe il fatto che l'utente di tali diritti non può alienare il fondo sul quale il diritto stesso si esercita: poichè la facoltà di disporre del fondo a titolo di alienazione è il concetto giuridico più importante e la facoltà decisiva che contraddistingue il proprietario dal non proprietario del fondo stesso: e questa è anch'essa una utilità economica del fondo, attinente, se non alla produzione, certo alla trasformazione della ricchezza. L'utente il pascolo, appunto in quanto esercita un diritto reale, può trovarsi da un momento all'altro un proprietario nuovo nel fondo dov'egli esercita la sua servitù, senza che perciò il suo diritto diminuisca o cambi in modo qualsiasi e che il diritto del nuovo proprietario sia diverso da quello del proprietario precedente in confronto del quale prima esercitavasi la servitù. Dunque l'uso delle qualità o della produttività principale del fondo non deve affatto confondersi con la proprietà del fondo stesso; si tratta di cosa diversa specialmente per la facoltà di disporre del fondo: che se il valore del fondo medesimo e la sua utilità economica consiste tutta o quasi nel pascolo, ciò significa e rivela una cosa sola, vale a dire il grande depreziamento o il poco valore di quella proprietà sulla quale si esercita il pascolo suddetto. L'intensità dell'esercizio del diritto che è prodotto dall'intromissione nel fondo di persona estranea al diritto di proprietà non offre altra importanza fuorchè la quantitativa. Nel semplice passaggio si attraversa il fondo serviente non già per dare compimento nel fondo stesso all'esercizio del proprio diritto, ma per recarsi di lì ad altra meta fuori ed oltre il fondo serviente all'uso del passaggio:

Digitized by Google

nel pascolo si giunge al fondo serviente e vi si arresta e vi si compiono atti di appropriazione dei frutti dovuti alla sua forza e produttività vegetativa e se ne diminuisce il valore non già per incomodo che si arrechi o possa arrecarsi al proprietario semplicemente, ma perchè addirittura se ne diminuisce la quantità e qualità della produzione, il contenuto economico-patrimoniale. Peraltro, si nota che non v'ha servitù per il cui esercizio non resti diminuito il valore di un fondo; e che pertanto questo concetto della diminuzione del valore del fondo non è argomento decisivo contro la caratteristica del diritto di pascolo come di *servitus pascendi*. Decisivo è piuttosto l'argomento che il diritto del proprietario rimane a suo posto e inalterato per quanto concerne la disponibilità del fondo su cui il pascolo si esercita.

Ma non meno perciò sembra opportuno fare delle servitù di sfruttamento diretto una categoria apposita e distinta dalle altre, le quali non producono uno sfruttamento diretto e immediato del fondo serviente, nel senso vero e proprio, ma bensì risolvonsi in un semplice attraversamento o contatto col fondo stesso o colle sue pertinenze. Lo sfruttamento diretto o immediato del fondo serviente conduce a questo, che il fondo serviente può considerarsi come se non fosse tutto intiero quale prima era, come se da esso si fosse distaccata una parte vitale per divenire di dominio dell'utente la servitù. Invece questo distacco non ci è, ma vi è sfruttamento di tutto quanto il pascolo, magari; permodochè, se il proprietario del fondo volesse in esso far pascolare la sua greggia, non troverebbe pascolo e dovrebbe astenersene.

Nelle altre servitù nè il proprietario esclude l'utente nè l'utente esclude il proprietario dall'esercizio di una facoltà o attività corrispondente. Così accade, a mo' d'esempio, nella servitù di passaggio. E il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente possono attraversare entrambi, specialmente colle sole persone, una stessa strada od uno stesso viottolo; senza che perciò avvenga nè scontro di corpi, nè cozzo di persone, nè ingombro dell'uno che escluda il passaggio dell'altro. Questa posizione, se pure da una parte o dall'altra non si trascenda ad atti emulativi,

Digitized by Google

ammette una compatibilità sempiterna tra l'esercizio dei diritti del proprietario serviente e l'esercizio dei diritti del proprietario dominante: se nè l'uno nè l'altro trascendono, l'armonia tra le due posizioni viene ad essere indefettibile e continua.

Che dire poi delle servitù le quali non tendono già a costituire, ma quasi ad allontanare il contatto tra due fondi e le loro pertinenze; quali sono le servitù delle distanze da fondo a fondo? Evidentemente il valore del fondo non è punto diminuito da queste distanze, di regola generale almeno e per effetto esclusivo di esse; poichè si sa che queste distanze costituiscono altrettante modalità pure e semplici dell'esercizio del diritto di proprietà e che affettano così l'uno come l'altro vicino, l'una come l'altra proprietà, indistintamente e per effetto di legge. E appunto, in quanto queste servitù di sfruttamento diretto si allontanano sensibilmente da quelle che noi chiamiamo servitù legali e che invece sono limitazioni legali all'esercizio del diritto di proprietà; in tanto è indispensabile che nell'esercizio e per l'esplicazione di quello sfruttamento diretto il contratto parli chiaro e stabilisca bene le modalità principali, dappoichè non è possibile confidare nell'intervento della legge, neppure sotto forma interpretativa o a scopo sostitutivo della volontà delle parti. Nell'industria estrattiva possono benissimo tuttavia indicarsi gli estremi della servitù, per estensione superficiaria e per profondità dello scavo; mentre nella pastorizia, oltre alla quantità dei capi di bestiame ammessi al pascolo, non è punto facile di indicare tutte le altre modalità del pascolo stesso. Ad ogni modo, i principii generali di diritto vigono anche in queste servitù di sfruttamento diretto, non già o non tanto perchè questi principii siano stabiliti da qualche disposizione di legge, ma piuttosto per l'applicazione delle regole di ragione che sono superiori ad ogni diritto codificato e che si vogliono applicare sempre anche senza apposite sanzioni o disposizioni di legge.

Digitized by Google

CAPO I.

Abolizione del pascendatico nelle provincie italiane ex-pontificie.

54. Vecchia teoria sul pascendatico come servitù civica. — 55. Teoria nuova. — 56. Primo progetto del GRIMALDI. — 57. Primo controprogetto della Commissione parlamentare. — 58. Secondo progetto GRIMALDI. — 59. Secondo controprogetto della Commissione parlamentare. — 60. Terzo progetto GRIMALDI. — 61. Terzo controprogetto parlamentare. — 62. Progetto concordato tra Ministero e Commissione parlamentare. — 63. Modificazioni del Senato. — 64. Relaziòne GRIMALDI e ZUCCONI sul progetto modificato. — 65. Oggetto della nuova legge 24 giugno 1888 e del regolamento 29 agosto 1889. — 66. Suo valore territoriale. — 67. Natura e derivazione del pascendatico. — 68. Diritto di affrancazione. — 69. Canone. — 70. Devoluzione della indennità. — 71. Elenchi del pascendatico. — 72. Giunte di arbitri. — 73. Appelli. — 74. Ricorsi. — 75. Effetto della legge. — 76. Disposizione transitoria. — 77. Lavori dell'ultima Commissione ministeriale. — 78. Legge 2 luglio 1891 e testo unico 3 agosto 1891. — 79. Disposizioni 6 agosto 1891 per l'esecuzione di detto testo unico.

54. Nel secolo decimottavo l'umana mente, presa dal desiderio dell'esame critico degli istituti giuridici ereditati dal feudalismo, del loro scopo e della loro legittimità, non trascurò di fissare la propria attenzione sia sugli *usi civici* o *diritti civici* in genere, come in ispecie sulla servitù di pascipascolo o di pascendatico o sull'uso civico corrispondente, che furono anche chiamati servitù civiche. Ed allora, sull'impulso dell'enciclopedismo, si stabilì una corrente sfavorevole quasi in abominazione di queste vecchie forme che sembravano ormai destinate a passare nel campo di un passato inglorioso. Nel tempo stesso in Europa si ebbe un considerevole risveglio economico ed agricolo, dovuto da una parte alla bandita libertà dei commerci e dall'altra alla coltura intensiva che si proponeva di sfruttare più convenientemente le forze vive della terra. Il MONTESQUIEU, scrutando lo spirito delle leggi, aveva dato già il colpo di grazia al sistema dei pascoli, coll'osservare che poca gente vi può trovare occupazione; e però, avendo sempre fermo lo scopo dell'aumento della popolazione, si disse che l'abolizione dei pascoli avrebbe condotto all'aumento della popolazione e quindi senza dubbio avrebbe prodotto un sensibile aumento alla ricchezza e al benessere nazionale. Questo fu movimento universale e orga-

Digitized by Google

nico, in Francia; ma non è a disconoscersi come anche in Roma a questo riguardo qua e là si manifestassero degli sprazzi di luce, degli indirizzi per abolire il sistema antico e preludiare ad un nuovo sistema di migliore sfruttamento delle terre. Si richiama, a mo' d'esempio, uno statuto del 1525, col quale il Comune di Viterbo aveva abolito il pascipascolo per lasciare a ciascuno il godimento dei suoi campi e delle sue possessioni. Ma Paolo III, con bolla del 1543, poichè la riforma non era ancora matura, credette opportuno di abolirla; perchè, nella lotta contro i feudatari, i diritti delle comunità meritavano ancora di essere accarezzati. Contemporaneamente, peraltro, e successivamente si svolse e manifestò una corrente nel campo della scienza giuridica; parve e fu riconosciuto quasi da tutti che questi diritti erano effettivamente a scapito della proprietà, perchè stabilivano a carico dei proprietari un sistema di rotazioni agrarie assai poco rimunerativo, avvegnachè non solo i proprietari dovessero contentarsi di seminare non altro che il grano, ma anche non potessero seminarlo se non ogni tre o quattro anni, secondo le consuetudini dei diversi paesi.

E la stessa giurisprudenza, sulle orme di una famosa decisione rotale 14 gennaio 1771, § 2, cor. De Veri, aveva riconosciuto che *nihil prius, nihilque antiquius in iure est, quam dominum esse rei suae moderatorem et arbitrum, ut nemini liceat in ea versari, et deteriorem facere libertatem plenumque usum proprietatis.* La ristretta consisteva in questo che, quando qualche proprietario avesse chiuso il suo fondo o parte di esso e lo avesse piantato, in tal caso egli fosse liberato da queste servitù, presso a poco come nelle riserve di caccia. Ma contro questa giurisprudenza, per salvare i propri diritti, insorsero le comunità, contro le cui pretese la legge espressamente non parlava: di qui liti senza fine contro i proprietari ricalcitranti al pascendatico, oppure a conservare intatto lo stato di fatto dei fondi soggetti alla servitù in parola.

Naturalmente, non poteva la coltivazione dei fondi guadagnare da questo stato di cose, nè si poteva fare assegnamento su di un progresso qualsiasi; sarebbe stato lo stesso come il volere sperare che l'enfiteusi contribuisse, qualora

Digitized by Google

non riscattabile, al progresso dell'agricoltura. Il VERGANI fu incaricato di fare una relazione alla S. Congregazione economica di Roma, e nella sua relazione del 1801 richiamò una supplica Turiozzi per ottenere dal Pontefice il permesso di attuare la ristretta nei suoi possedimenti, allo scopo *di servirsi a suo agio del terreno e d'introdurvi quelle utili piantagioni delle quali abbisogna la città.* Laonde, *per sfuggire ogni occasione di disputa e per non correre il rischio che il denaro, destinato alla migliorazione del fondo, debba impiegarlo in sostenere giudizialmente il suo diritto, e così sostenuta la libertà di restringere gli manchi il modo di migliorare, supplicava,* ecc. Ma ormai non poteva più bastare l'assenso del principe, volta per volta, e si rendeva più che mai indispensabile una sistemazione generale e costante per virtù di legge: la stessa declamazione retorica cedeva il posto al calcolo imposto dalle considerazioni pratiche dell'economia agricola e la questione poco alla volta assumeva carattere e importanza di questione sociale, come se si fosse ancora ai tempi dei Gracchi e come se ancora dalla terra si aspettasse di ricavare la fonte maggiore per la prosperità nazionale. Anche dalle cattedre si cominciava a parlar chiaro: PIETRO ARDUINO, occupandosi delle condizioni del Veneto, dall'Università di Padova sosteneva che *il pascendatico o gius pascendi, detto volgarmente pensionatico, riesce molto gravoso agli agricoltori che sono caricati di sofferirlo sopra i loro beni ed invece di contribuire all'aumento dei bestiami e della buona coltura vi fa molto maggior danno che vantaggio.* Questo egli sosteneva in un compendio stampato a Venezia nel 1792 di una riferta (relazione), assoggettata ai pubblici riflessi nell'anno 1768, sopra i modi e i mezzi di perfezionare la razionale agricoltura con aumento di bestiami e particolarmente di bovini, inserita nella raccolta di memorie delle pubbliche accademie di agricoltura, arti e commercio dello Stato Veneto. FRANCESCO GEMELLI, in un suo studio sul rifiorimento della Sardegna proposto nel miglioramento della sua agricoltura, dichiarava di ritenere esiziale al miglioramento agrario della Sardegna la servitù di pascolo. MELCHIORRE DELFICO, in una memoria per l'abolizione o moderazione della servitù del pascolo invernale detto dei

Digitized by Google

Regi Stucchi nelle provincie marittime di Abruzzo, attribuiva a questi diritti lo squallore dell'Abruzzo. E questi non sono che pochi esempi, perchè la dottrina era ormai quasi concorde nel senso dell'abolizione. E venne necessariamente anche la legislazione abolitiva. In Toscana, nel 1776, 1777 e 1778 si abolirono successivamente le servitù di pascolo, legnatico e macchiatico nelle provincie di Pisa, Pistoia e Siena, consolidando nel proprietario del suolo il dominio pieno e assoluto del terreno, con la relativa percezione di tutti i suoi frutti. Il VERGANI, nella relazione suddetta, commentando la legge 11 aprile 1778 relativa alla provincia di Siena, osservò che, *mediante una tale legge, caddero all'istante tutte le odiose ed aggravanti servitù del pascolo, per cui in addietro veniva impedito ai proprietari ed agli agricoltori il circondare di una stabile difesa li terreni, ed erano costretti ad abbandonarli alla incursione ed al guasto del bestiame.* E faceva notare non trovare esso nella legge per tutti questi vantaggi fissato alcun compenso agli esercenti il diritto di pascolo: argomento questo un po' scottante e che suonerebbe un po' male alle orecchie degli odierni socialisti, che vedono dappertutto il diritto della collettività e che non si rimarrebbero dal fare la voce grossa anche nel caso che il compenso fosse previsto e accordato.

Alla Toscana tenne dietro lo Stato Pontificio, dove il VERGANI fu incaricato di riferire alla S. Congregazione economica in qualità di assessore generale delle finanze e del commercio.

Sotto due aspetti si considerava allora la questione: sotto l'aspetto economico e sotto l'aspetto giuridico. Sotto il punto di vista economico si cominciò coll'osservare come le terre più sterili e più squallide d'Italia erano appunto quelle soggette agli usi civici del pascendatico: la Sardegna un tempo era stata il granaio di Roma e l'Agro romano era stato feracissimo e ridente. Il fatto ha dimostrato che il pascolo pubblico non era compatibile che con la coltura del grano e che anzi danneggiava pur questa coltura, mentre impediva ogni piantagione e la chiusura dei campi senza giovare all'aumento del bestiame e contrariando l'aumento della popolazione. Così le cattive leggi si univano all'ignavia degli uomini nel ren-

Digitized by Google

dere peggiori le terre italiche. Sotto il punto di vista giuridico la questione risaliva all'organizzazione della stessa proprietà privata col diritto esclusivo di proprietà e colla cessazione della collettività dei demani. Così gli antichi Egiziani erano dediti all'agricoltura e ne furono maestri agli Ateniesi, coll'organizzazione della proprietà privata. I Greci a loro volta conoscevano già il sistema di separare gli uni dagli altri i loro campi con siepi o con muraglie. I Romani poi della proprietà privata ebbero un concetto, se non rigido come è consuetudine di chiamarlo oggi, certamente completo e atto alla esplicazione di un diritto ordinariamente esclusivo. Si ricercò peraltro se il diritto di pascolo potesse, secondo il diritto romano, essere considerato come un diritto di servitù reale e si rispose di no, perchè il rapporto di pascolo può anche esistere *sine praediis* ed a favore soltanto dei membri di una data comunità. Ma pure in diritto romano si trova nominata una *servitus pecoris pascendi* nelle *Istit.* 2, 3, § 2 (e qui appunto si aggiunge, nel § 3 successivo, a giustificazione della classificazione dello *ius pascendi* come dello *ius aquae haustus*, dello *ius pecoris ad aquam appulsus*, dello *ius calcis coquendae*, dello *ius arenae fodiendae*, che *hae servitutes appellantur praediorum, quoniam sine praediis constitui non possunt*). E, a togliere il sospetto che i compilatori giustinianei, nella redazione delle *Istit.*, abbiano decampato dalla giurisprudenza classica, vi è un frammento di ULPIANO (L. 1, § 1, Dig. 8, 3) che computa lo *ius pascendi* tra le servitù rustiche, e altro frammento dello stesso ULPIANO (L. 3, pr., Dig. *ibid.*) che annovera una *servitus ut et boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur* (riguardo alla quale servitù si chiama a conferma anche l'opinione di NERAZIO). Vi è un frammento di POMPONIO (L. 4, Dig. *ibid.*), il quale pone la *servitus pecoris pascendi* come *magis praedii quam personae, si praedii fructus maxime in pecore consistat:* e non si può dire certamente che questi tre frammenti non parlino chiaro. Lo *ius pecoris pascendi* allora è una servitù, quando gli animali designati al pascolo sono addetti all'agricoltura in un fondo vicino a quello nel quale il pascolo stesso si va ad esercitare; oppure quando la greggia costituisce la risorsa più grande dello stesso fondo vicino, talchè il pascolo

Digitized by Google

di essa nell'altro fondo costituisca quasi una circostanza vitale per la coltivazione del fondo al quale la greggia appartiene. Questo è il concetto romano della *servitus pascendi*: vero rapporto di vicinanza reale, informato a causa perpetua e non surrogabile da altro fondo serviente, per ragioni evidenti di comodità e di rapidità relativa del pascolo, poichè il bestiame ha le sue rimesse o stalle nel fondo stesso dominante. Evidentemente peraltro questi requisiti della romana *servitus pascendi* non si riscontrano nel diritto di pascipascolo dei tempi decorsi; poichè allora il diritto era attribuito alle comunità non perchè queste fossero proprietarie di un fondo vicino a quello nel quale la servitù avrebbe dovuto esplicarsi, ma bensì per un diritto personale dei membri di quelle comunità stesse. E neppure si trattava in tal caso di *ager compascuus*, avvegnachè quest'*ager* era terreno pubblico lasciato incolto e sul quale i comunisti che ne avevano la proprietà collettiva *uti cives*, potevano *uti singuli* acquistare un diritto di utenza del pascolo.

Che l'istituzione, o, piuttosto, il riconoscimento giuridico del diritto di pascolo abbia giovato o nociuto all'economia agricola dei Romani come il pascipascolo ebbe a nuocere successivamente all'economia rurale nel medio evo, è una ricerca per esaurire la quale non abbiamo elementi, non bastandoci l'espressione generica che *latifundia italiana perdidere* per ricamarvi sopra la storia della pastorizia e dei rapporti della pastorizia coll'agricoltura. Si dice che l'origine storica del pascipascolo, così come venne fino a noi, altro non sia che lo spopolamento e la devastazione generale di cui siamo debitori alle invasioni barbariche; e certamente non può mettersi in dubbio che queste circostanze abbiano influito o concorso all'abbandono delle terre e per conseguenza anche alla loro scarsa ed insufficiente utilizzabilità col sistema colturale intensivo. Ma senza dubbio converrebbe arrivare anche più in là e cercare nell'economia generale dei popoli la trasformazione del diritto di servitù vero e proprio in diritto comunale o di una determinata zona territoriale.

Anche il sistema politico feudale deve aver dato un forte impulso alla pastorizia; nel senso che la popolazione più umile non potendo coltivare fondi propri e non essendo an-

Digitized by Google

cora stabilita una categoria di piccoli proprietari rurali, il pastore, se non proprietario di greggia, aveva modo senza dubbio di partecipare ai prodotti specialmente delle pecore tenendosi per la natura e la distanza dei luoghi libero dalla sorveglianza del proprietario o di chi per esso. Ad ogni modo, quando pure noi non conoscessimo il sistema agricolo della pastorizia se non per gli abusi e gli inconvenienti ai quali dette luogo e per l'asprezza colla quale fu combattuto più tardi, ci basterebbero queste poche idee per convincerci che il più recente pascendatico non sia da ritenersi come la continuazione diretta dell'antico *ius pascendi* dei Romani, ma piuttosto come il portato di nuove circostanze di fatto sopraggiunte dopo e che importavano inceppamento alle funzioni di produzione e di scambio ed anche all'attività individuale degli abitatori delle campagne.

Ed a questi abusi pensarono di riparare le varie legislazioni. Infatti Pio VII, con motuproprio del 15 settembre 1802, ammise l'affrancamento dei fondi rustici dalle servitù di pascolo, purchè si migliorasse la coltura del fondo sottratto al pascolo e si corrispondesse una giusta indennità agli utenti. Sotto il governo napoleonico, in Napoli, una legge del 1806 e successivi decreti ordinarono addirittura la cessazione degli usi civici sui demani comunali e la quotizzazione degli usi stessi. Nello Stato Pontificio la materia delle servitù civiche fu regolata meglio colla notificazione 29 dicembre 1849 allo scopo di favorire la liberazione dei fondi. E nelle provincie del Lombardo-Veneto un'ordinanza imperiale 25 giugno 1856 abolì i diritti di pascolo. La legislazione abolitiva proseguì dopo la formazione del Regno d'Italia, talchè noi possiamo oggi annoverare le seguenti leggi principali: legge 23 aprile 1865, n. 2282, abolitiva degli ademprivi o dei diritti di cussorgia nell'isola di Sardegna; legge 8 giugno 1873, n. 1389, sull'affrancazione delle decime feudali nelle provincie napoletane e siciliane; legge 25 maggio 1876, n. 3124, sulla Sila; legge forestale 30 giugno 1877, n. 3917, per i diritti d'uso; legge 2 aprile 1882, n. 689, abolitiva del diritto di pascolo ed erbatico nelle provincie di Vicenza, Belluno e Udine. Ma queste erano sempre legge speciali, adattate ai bisogni e alle condizioni dei vari luoghi, ma non ancora unificate in un

Digitized by Google

sistema unico di legislazione per tutto lo Stato. Fu il ministro GRIMALDI il primo a preparare sul serio una legge generale che fu più tardi condotta in porto. Egli presentò alla Camera dei deputati il 29 novembre 1884 un primo disegno di legge, al quale fa capo la legge che poi andò in vigore. Il Ministro osservava che nel territorio di quasi tutte le provincie pontificie esistevano le servitù di pascipascolo, di erbatico, di fidatico, le cui origini rimontano all'epoca barbarica e feudale. Dopo le invasioni e le devastazioni barbariche, osserva la relazione, si cercava di allettare il maggior numero possibile di persone per abitare e coltivare i luoghi deserti o sensibilmente deteriorati; e a tal uopo si largheggiava di privilegi e di diritti a loro favore e sulle terre: accordando ad essi i diritti di seminare, di legnare, di pascolare ed altri congeneri, che col tempo acquistarono il nome di servitù. Naturalmente tali diritti dovettero essere introdotti nel sistema feudale; tanto più che i grandi signori feudali non avevano nè la voglia nè l'attitudine di dividere il loro tempo tra le armi e l'agricoltura, ma preferivano dedicarsi alle armi. Si cominciò col tollerare che i vassalli, durante il tempo del riposo, esercitassero sul loro territorio gli usi civici. E così, mentre col tempo il feudalismo si veniva affievolendo, a loro volta queste concessioni temporanee o precarie divennero vere pretese e, col formarsi dei Comuni, parvero formare parte essenziale del patrimonio delle comunità. Per dare poi alle comunaglie un contenuto giuridico, si prese in prestito dal diritto romano la figura della servitù prediale e si venne fuori colle servitù o coi diritti civici (che in fondo rappresentano un solo contenuto) di pascipascolo e simili: e a questo diritto si volle attribuire un contenuto che trovasse favore in taluni concetti di proprietà collettiva che furono ben distanti dal suo punto di partenza. Ma, se si vuole essere rigorosi nell'esame e nell'apprezzamento delle origini della servitù cosiddetta di pascolo, è d'uopo non cercare delle somiglianze sforzate, ed invece limitarsi ad esaminare il contenuto del diritto obbiettivamente considerato nelle sue caratteristiche più essenziali; e se in questa costruzione giuridica non si trovano gli elementi di una servitù prediale, conviene considerare il relativo diritto sotto altro punto di vista. E perciò solo quando

Digitized by Google

risulti costituita la servitù come vero e proprio rapporto fra fondo e fondo, è da ammettersi che si tratti di vera servitù prediale; conviene in altri termini che il bestiame sia addetto ad uno dei due fondi confinanti e che si rechi a pascolare nel fondo vicino, perchè non possa senza grave disagio esser portato altrove. Se si tratta invece di un'industria sul bestiame e se quest'industria sta per conto suo senza essere accessoria di alcun fondo, in tal caso non si possono affatto riscontrare i caratteri di una servitù prediale, che sarebbe assolutamente fuori di luogo: è d'uopo contentarsi di trovare un rapporto puramente patrimoniale, anche se di qualche poco agevolato dalla natura dei luoghi. E se si tratta del diritto di una intierà comunità, potrà anche questo considerarsi benissimo come un semplice diritto patrimoniale, sottoposto alle regole generali di questi diritti ed anche ad un regolamento speciale di utenza che il potere costituito della città voglia imporre ai cittadini ai quali è concesso, ma dai quali tutti non si può contemporaneamente esercitare. Invece un vero e proprio rapporto di *ius pascendi*, che possa essere costituito e rappresentato come una costituzione giuridica non diversa nè lontana dalla romana, il caso naturale e ordinario è che si statuisca tra le parti una convenzione allo scopo di fissare e determinare l'entità del diritto e la sua vera costruzione tanto generica quanto specifica.

55. Naturalmente, le assemblee legislative nostre dovevano presto essere attraversate da un soffio possente di riforme. Il deputato ZUCCONI, relatore della Commissione parlamentare alla quale fu dato incarico di studiare il progetto GRIMALDI, presentando alla Camera dei deputati un controprogetto, si diffondeva a trattare la questione delle servitù civiche esplicando abbastanza chiaramente quella che potrebbe chiamarsi teoria nuova su questa specie di servitù o pseudoservitù. L'abolizione di tali diritti, secondo la dottrina precedente, era ispirata soprattutto da considerazioni economiche: ma la nuova teoria non trascurò le considerazioni agricole e a queste soprattutto volle ispirarsi, più che a considerazioni vagamente teoriche e destinate a rimanere costantemente nel campo dell'opinabile. Si notò come nelle ricche e

Digitized by Google

fertili valli e nei verdi colli coltivati a vigna o ad oliveto, oppure nelle pianure tuttora incolte ma coltivabili, siffatti vincoli importanti restrizione all'agricoltura danneggiano grandemente l'economia privata e quindi anche l'economia pubblica. Ma sul dorso degli alti Appennini la cosa cambia aspetto: ivi non è possibile una vera coltivazione agraria, sia perchè la consistenza del terreno non la comporterebbe, sia perchè il suolo non sarebbe abbastanza ferace e perchè il clima non potrebbe rendere possibile che una coltivazione a grandi intervalli; sia la montagna brulla o ricoperta di foreste.

In questi luoghi la pastorizia è sempre il miglior sistema di utilizzazione della terra che non può essere adibita a coltura intensiva. Ma si osserva in contrario che è assai dannoso l'uso del pascolo nei boschi, i quali si tagliano fuori di turno e senza regola d'arte per far poi pascolare la greggia sulla selva tagliata appena, producendosi così prima l'avvizzamento e poi la morte delle piante. Lo *ius pascendi* sulle zone di faggio disboscate, p. e., contrasta collo sviluppo delle cosidette *matricine* del faggio stesso, non meno che se il territorio si dissolvesse per farne coltura di cereali. Ma d'altra parte, se queste zone sono le più adatte al pascolo, la miglior soluzione consisterà nel tentare un contemperamento tra i legittimi interessi del proprietario del terreno e quelli dell'utente la servitù di pascolo. Non è opportuno distruggere senz'altro questi diritti di pascipascolo, ma conviene contenerlo in limiti rispettosi verso la proprietà del suolo; come se si trattasse di vera e propria servitù soggetta alla legge generale per tutti i diritti frazionari della proprietà, ossia alla legge del minimo mezzo. L'abolizione del pascipascolo è invece razionale nei terreni atti alla coltura intensiva e nei quali il diritto di proprietà individuale, trovando una maggiore utilità, si esplica e si afferma in guisa più accentuata: questa abolizione interessa indirettamente tutta quanta l'economia agricola nazionale; quindi non è affatto da meravigliare se le leggi dello Stato vi esercitano la loro influenza. E qui i legislatori, dovendo procedere alla sistemazione giuridica del rapporto patrimoniale o reale, anzitutto tornarono ad esaminare l'origine storica degli usi popolari od usi civici

Digitized by Google

e risalirono più indietro dell'epoca feudale, fino nel regime agrario primitivo collettivo, allorquando la densità della popolazione enormemente sproporzionata all'ampiezza del suolo non ne permetteva una coltura intensiva informata ai criteri dell'industria agricola. Allora si chiedevano le maggiori risorse alla caccia e alla pesca e non già all'agricoltura; nè poteva essere utile una qualsiasi ripartizione del suolo, sovrabbondante per tutti: l'appropriazione dei campi sarebbe cominciata allorchè dal regime pastorale si passò al regime di coltivazione dei campi e si sarebbe via via resa più opportuna col perfezionarsi dei metodi di coltivazione. La proprietà collettiva, a sua volta, cacciata dal piano si sarebbe poco a poco rifugiata sul monte, sarebbe perdurata sulle sterili lande pur cessando sulle colline: e, dovunque non prevalesse l'opera dell'uomo sulla produzione naturale, poteva certamente perdurare senza limitazione di durata. Così la proprietà collettiva si sarebbe trasformata negli usi civici, che ne sarebbero traccia, accanto alla proprietà individuale, in vari popoli anche di razza e di stirpe diversa. Nell'epoca feudale poi si ebbero le lotte tra Chiesa e Impero, tra signorotti, tra Comuni; ed allora i coltivatori non solo per la predominanza del sistema feudale in ogni rapporto della vita pubblica e privata, ma anche per aver protezione contro le invasioni barbariche o le devastazioni delle guerre civili, furono obbligati dalle vicende stesse della storia a divenire vassalli, tributari e persino utilisti od enfiteuti o pagatori di *fida*. Da feudi poi piano piano quei terreni divennero proprietà dei *potentiores* o dei Comuni o dello Stato, permanendovi però sempre i diritti civici a favore delle popolazioni; oppure furono rivenduti dagli enti che li avevano a sè avocati, mantenendo però sempre i vincoli antichi. CARLO CATTANEO pensò che questi diritti civici non fossero abusi, non privilegi, non usurpazioni, ma bensì un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale disceso fino a noi inosservatamente fin dai secoli più remoti. Ed in questo quell'illustre economista trova una differenza tra l'agricoltura e la pastorizia: che l'agricoltura sarebbe sorta sulla base del principio romano della libera e piena proprietà privata, la pastorizia per contro si fonderebbe ancora sulla tradizione

Digitized by Google

preromana delle comunanze occupanti intiere valli e intiere catene di monti quasi a sistema celtico. Sotto questo punto di vista, pertanto, l'abolizione della pastorizia non rappresenterebbe già la cessazione di un abuso non più necessario ma la soppressione di un diritto non meno antico di quello della proprietà privata, non la distruzione di un semplice detrito feudale, ma l'estinguimento di un sistema economico e legislativo antichissimo e patriarcale. Queste considerazioni dettero vita ad una corrente ostile al sistema abolizionista, il qual sistema si rafforzò coi dati della statistica relativa ai risultati dell'applicazione della notificazione pontificia 29 dicembre 1849, della legge 4 luglio 1874 e della legge 30 giugno 1877. I collettivisti festeggiarono il loro trionfo per la relazione ZUCCONI e per le difficoltà sempre crescenti nel riordinamento dei demani meridionali: e additarono con occhio vigile i poveri pastori costretti alla miseria presso le balze montuose come i montanari indotti alla fame dalla proibizione dell'uso dei boschi che li avevano veduti nascere, e le collettività intelligenti che d'altra parte organizzarono a meraviglia i loro usi civici, siano questi le *allmendens* svizzere, gli scozzesi *townshisp* o le italiane *comunanze*. E si addusse l'opinione della Commissione presieduta dal lord NAPIER ed incaricata di riferire sui *townshisp* e lo studio dell'HENSLER sulle *allmendens:* poichè e quella relazione concluse per la conservazione degli usi e questo studio ritenne l'esistenza propria e distinta dei relativi diritti a benefizio dell'intiero paese e non di persone determinate. Anche in talune parti d'Italia, singolarmente esaminate, si riscontrarono ottime consuetudini ed ottimi regolamenti di uso agricolo: la quale osservazione, unita alle altre, cancellò quelle che gli stessi collettivisti chiamarono frasi declamatorie degli enciclopedisti francesi e tristi prevenzioni della reazione repubblicana contro l'autocrazia feudale. Le servitù del pascolo, del legnatico e simili (si disse) cagionarono danno ai campi e alle selve specialmente per l'opposizione d'interessi tra proprietario e utente, come nell'esercizio di qualsivoglia diritto reale frazionario della proprietà. Il proprietario, lasciato solo di fronte all'utente, non di rado veniva a lite con esso, e la lite si trascinava dinanzi ai giudici, e la sua

Digitized by Google

lunghezza e la sua spesa cagionavano dei danni gravissimi per l'agricoltura.

Ma invece, se le comunità sono proprietarie di fondi sottoposti agli usi civici, esse, ben curanti come sono dei loro demani, si occupano anche della sistemazione dei diritti di uso che si esplicano su quei demani e provvedono per regolamento come in addietro provvedevano per statuto. I cittadini, trovandosi di fronte ad un regolamento comunale d'uso, approvato dall'autorità tutoria nelle debite forme, molte volte non giungono a comprendere se un tale regolamento possa essere impugnato o disapplicato dall'Autorità giudiziaria ordinaria; e molte volte, nel dubbio, rinunziano ad ogni azione giudiziaria e non vanno oltre al semplice piato amministrativo. Del resto, se si pretendesse guardare pel sottile, questa azione del Comune nel regolare il diritto d'uso spettante ai cittadini sui beni comunali, in ultima analisi, ha per oggetto e per termine un diritto civile più che un diritto amministrativo: ed in tal caso sembra impossibile ammettere che l'una delle due parti regoli di sua autorità l'esercizio di quel diritto ed a questo regolamento obblighi l'altra parte. Di rincontro si osserva che i cittadini nei loro interessi collettivi non hanno altra rappresentanza legittima che l'Autorità municipale; ma si ribatte ancora che i cittadini, nell'esercizio dell'uso civico, agiscono *uti singuli* e non in forma collettiva nè come persona unica suddivisa in diverse branche d'esercizio. E quindi, poichè si tratta di uso, di esercizio, e questo uso, quest'esercizio sono esercitati in confronto e in contrapposto colla comunità proprietaria, sembra che non si possano confondere le posizioni se non a rischio di cadere in gravissime inesattezze.

Il cittadino è utente come singolo, è proprietario in una *communio pro indiviso* che ha per soggetto di diritto il Comune *uti universitas:* quindi, poichè in quest'ultimo caso il suo diritto non è traducibile in una quota reale, non si potrebbe dire che in lui si confonde il proprietario coll'utente e che perciò anche come utente egli possa essere astretto a far capo al Comune considerato quale *universitas.* Ma, d'altro canto, essendo lo stesso uso un interesse speciale di ciascun comunista (sia pure dei soli capi di famiglia), per questo solo

Digitized by Google

comincia a presentarsi come interesse generale di tutto quanto il Comune e però come uno di quegli interessi, sui quali il Comune ha diritto e dovere di esplicare la propria influenza mercè la compilazione d'un regolamento amministrativo delle utenze. Del resto, per quanto la questione possa essere dubbia sotto il punto di vista della legalità o della natura giuridica di questa municipale ingerenza, tuttavia i comunisti confidano più nell'equità dei loro rappresentanti amministrativi chiamati a compilare il regolamento d'uso, che non nell'esito di liti problematiche e poco convenienti. Ed ecco come, avendo un regolamento da applicare, si attaccano a questo piuttosto con fiducia che con diffidenza e non guardano se e qual valore possa avere quel regolamento, se ed in qual veste il Comune proprietario lo abbia emanato od abbia potuto emanarlo senza eccedere dal campo delle sue attribuzioni.

Del resto, quanto a regolamenti comunali, è d'uopo tenere ben distinti i regolamenti sugli usi civici di cui al n. 6 dell'art. 126 della vigente legge comunale e che riguardano i beni demaniali del Comune (beni che per l'art. 159 della legge stessa siano stati dati in godimento ai comunisti) dai regolamenti sugli usi di beni demaniali che non siano del Comune oppure di beni privati, ma che sono goduti o usati dai comunisti. La distinzione fu accentuata anche a proposito dell'azione popolare (art. 126, n. 6, stessa legge) e dell'approvazione della Giunta popolare amministrativa (art. 194, n. 7, legge medesima). Una nota ministeriale 22 marzo 1871 stabilì che per gli usi civici nelle provincie meridionali si fanno regolamenti di polizia e non regolamenti d'uso o d'amministrazione, i quali si riferiscono soltanto ai beni patrimoniali giusta l'art. 159; ma il Consiglio di Stato ritenne che possa farsi reclamo anche contro questi regolamenti all'Autorità tutoria.

E così è accordata azione popolare al comunista *uti civis* per far dichiarare la proprietà del Comune sul fondo soggetto a servitù di pascolo: mentre, se si tratta di un'azione a difesa dei diritti demaniali di uso civico spettanti al Comune, l'azione non è popolare ma individuale del cittadino che difende un tal diritto, spettante bensì alla comunità ma del

Digitized by Google

quale esso stesso è individualmente partecipe. Dunque, o per via di regolamenti di polizia o per via di regolamenti d'amministrazione, in fondo l'uso civico, sia o no stabilito su beni patrimoniali del Comune, è sempre sottoposto nel suo contenuto, più o meno direttamente, sotto uno od altro punto di vista, all'ingerenza dell'autorità municipale, anche quando questa si presenti più che altro come parte in diritto civile anzichè come Autorità pubblica preposta ad un servizio d'interesse generale. Ma *quid iuris* se con un regolamento di polizia la rappresentanza comunale altera il contenuto del diritto civico e sottrae al cittadino o ad una categoria di cittadini, sia con restrizione di modalità come con diminuzione di territorio, una parte di quell'uso che il cittadino ritiene debba spettargli? Senza dubbio contro un regolamento siffatto potranno e dovranno darsi i rimedi amministrativi tutti, e quindi si accorderà il ricorso al Governo centrale, alla Giunta provinciale amministrativa, al Consiglio di Stato; ma non sembra sia esclusa perciò l'azione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, nel senso che il magistrato ordinario possa esser chiamato a disapplicare un tale regolamento, sia pure di polizia, ossia larvato di una parvenza accentuatissima di diritto pubblico, allorchè potrà constatarsi che il regolamento stesso leda il diritto legittimo del cittadino. Del resto, se si esaminano tali regolamenti, si trova che l'uso dei beni è regolato nel modo seguente: si vieta l'atterramento delle piante di alto fusto, il commercio di legna e il far carbone; ed i soci possono tagliare nelle selve, tenute a taglio periodico, e nell'anno del taglio, un numero limitato di fascine pel consumo della famiglia e del bestiame, e per le travi ed istrumenti da lavoro soltanto mediante speciale autorizzazione. Coordinato al diritto di legnatico è il diritto di pascolo per l'estatura, dappoichè col bosco sano e intonso non è possibile vero esercizio di pascolo ed è arduo anche un semplice attraversamento del bestiame e malagevole l'azione moderatrice del pastore. Dunque così il taglio dei boschi come l'esercizio della pastorizia sono molto bene regolati mediante disposizioni d'ordine pubblico e il dominio collettivo non è male appropriato alla natura di questi beni, perchè gl'inconvenienti che non di rado si veggono sorgere dalle partecipanze

Digitized by Google

emiliane, p. e., le più volte derivano dalla insufficienza o dall'imperfezione dei relativi statuti. Questo dicono quanti traggono dietro alle idee del LAVELEYE, il quale studiò accuratamente la proprietà primitiva e vi trovò una specie di panacea contro i due estremi dell'eccessivo frazionamento e del latifondo, un rimedio contro l'emigrazione delle popolazioni dei villaggi, e persino una palestra alla vita pubblica e alle assemblee regolatrici dell'amministrazione dei dominii collettivi. Ma si potrebbe osservare al LAVELEYE che le nostre civiltà sono evolute e che i sistemi della proprietà primitiva non debbonsi già adottare per la loro antichità, bensì per la utilità che eventualmente possano arrecare e per la convenienza che presentano in certi casi determinati, nei quali la proprietà individuale sarebbe inadeguata o pericolosa. Oltre a ciò si nota che non sempre questi tali usi spettavano ai Comuni, ma talora invece a corporazioni speciali di utenti, riconosciute come personalità giuridiche con rappresentanza propria distinta dalla rappresentanza comunale e talora in lotta col municipio anche per riguardo alla fissazione delle norme di utenza imposte ai singoli utenti. Quindi, anche nel caso di liberazione dei fondi da tali utenze, sarebbe sempre da farsi questione se il corrispettivo di quei beni gravati da servitù o utenza di pascolo o di legnatico si debbano al Comune o piuttosto ad una data categoria di famiglie o ad una data frazione del Comune: nel qual caso e nel caso di utenze conservate o vigenti, a questi collegi di utenti dovrebbe accordarsi riconoscimento giuridico col diritto di compilare dei regolamenti speciali. La qual cosa significa creare delle altre entità giuridiche fornite di qualità rappresentativa e di subbiettività di diritto, e comode specialmente per averle attive nel campo del diritto privato: e questo non è certamente un fatto troppo economicamente ed amministrativamente simmetrico nel campo delle istituzioni che ci governano.

Una volta tali diritti collettivi si dicevano avanzi di feudalismo; oggi si dicono progressi sulla via della socializzazione delle proprietà a sollievo delle plebi agricole, e si cerca di dar loro organizzazione giuridica con mezzi opportuni di tutela. Ma non bastano dunque i regolamenti, siano essi d'am-

Digitized by Google

ministrazione o semplicemente di polizia, a disciplinare gli usi civici dei quali sia in via eccezionale ritenuta opportuna la conservazione? Vi è proprio la necessità di creare organi con funzioni apposite e di assegnare a questi organi dei mezzi speciali per esplicare le funzioni relative?

Quando si è detto che i tempi nuovi generalmente sono contrari agli avanzi delle collettività medievali, ma che soltanto queste collettività si possono ammettere riguardo all'utilizzazione dei terreni montuosi, si è detto cosa che è nella coscienza di tutti e che armonizza con tutto quanto il diritto civile e coll'istituto della proprietà considerato nel suo insieme. Il socialismo non deve far breccia nel Codice civile, almeno finchè il Codice civile non si modifica. Nondimeno si vide la Commissione parlamentare propendere verso la teoria socialista dell'organizzazione degli utenti a persona giuridica, mentre il progetto ministeriale aveva tenuto fermo il proposito di contrariare i dominii collettivi; perlochè la legge 24 giugno 1888 doveva risentire e risentì infatti un po' dell'una e un po' dell'altra tendenza senza prendere una posizione spiccata e netta come avrebbero desiderato i socialisti.

La questione, a nostro modo di vedere, si sarebbe dovuta trattare con criteri più strettamente giuridici e meno economici e punto ancora politici. Oltre a ciò, non sarebbe stata forse da eliminarsi neppure la forma del consorzio per lasciare intatto il principio della proprietà privata e salvo a regolare le utenze a mezzo di regolamenti emanati dal potere pubblico per le modalità e il contemperamento loro in un complesso armonico di esercizio. Anzitutto, per quanto la distanza di secoli faccia ostacolo, si dovrebbe ricercare a chi spetti la proprietà dei territori sottoposti a queste servitù od usi che dir si vogliano: se a persone private o alla collettività municipale considerata come persona a sè stante, e cioè se ai cittadini *uti singuli* o ai cittadini *uti universitas*. E la stessa indagine conviene fare per cercare a chi spetti l'esercizio di tale servitù od usi civici; poichè queste due indagini e il loro risultato costituiscono come il punto di partenza della costruzione giuridica e conducono al punto d'arrivo.

Digitized by Google

Fatta che sia una tale constatazione storica (e in difetto di documenti storici pure ammettendo la presunzione che la proprietà del territorio o l'esercizio del diritto di servitù o d'uso spetti alla *universitas civium* anzichè ai *cives uti singuli* o a qualche singolo *civis*), si deve procedere alla risoluzione del quesito se convenga o no conservare un tale esercizio promiscuo o servitù promiscua, oppure se convenga invece preferire l'affrancazione, ch'è quanto dire, la liberazione dei fondi da un vincolo siffatto. E questo quesito non può risolversi se non avendo riguardo alle circostanze speciali del caso, e cioè alla natura dei luoghi e alla loro maggiore o minore attitudine ad utilizzazioni diverse dalla pastorizia. Se vi ha punto in cui la considerazione economica debba avere una preferenza, è questo; ma nel risolvere il problema economico dell'attitudine del fondo alla pastorizia o all'agricoltura è d'uopo tener presente il puro criterio di opportunità economica, senza accedere per nulla al punto di vista sociologico o agli ideali che tendono a sconvolgere tutto quanto l'ordine della società costituita. Non occorre farsi ligii a nuove correnti o a nuove tendenze, quando si può, senza alcun disequilibrio o senza ricorrere a costruzioni di casta o di eccezione, conseguire un dato intento coll'applicazione pura e semplice del diritto comune. Quando siasi deciso per la conservazione delle utenze o servitù, il regolamento di esercizio può esserne fatto dal Comune o dal consorzio; e, se consorzio non v'ha e il Comune non ci entra, si può rendere obbligatoria la formazione del consorzio stesso. Che se si è deciso per l'abolizione dell'uso o esercizio del pascolo o legnatico, in tal caso conviene che il proprietario o i proprietari dei fondi sottoposti a servitù, siano essi persone individuali o persone collettive, liberandosi dal gravame loro imposto, appunto perchè i loro fondi aumentano di valore e di utilità economica, compensino gli utenti che vengono a perdere l'uso della servitù, come se si trattasse di affrancazione da un vincolo reale qualsiasi, e li compensino o con una somma di denaro da pagarsi per una volta tanto, oppure con una corresponsione periodica o prestazione perpetua; la quale, a sua volta, potrebbe essere sottoposta a redimibilità.

Digitized by Google

56. Non conviene dunque disquilibrarsi o perdere l'applicazione dei sani criteri giuridici per il fanatismo dei nuovi orizzonti, la cui soverchia apertura si perde verso l'ignoto e ci fa deviare dai veri e propri criteri giuridici. Secondo il disegno di legge GRIMALDI, presentato alla Camera dei deputati il 29 novembre 1884, restavano aboliti nelle provincie ex-pontificie i diritti di pascere, di vendere le erbe e di fidare, qualora tali diritti fossero esercitati dai Comuni o dalla generalità degli abitanti di quelli o dalle frazioni loro o da associazioni di cittadini. Vi era poi una grande severità di sanzioni contro la contravvenzione ad un tale divieto: e si dichiarava che l'esercizio del pascolo dovesse ritenersi abusivo a datare dal 1° gennaio del secondo anno da quello in cui aveva luogo la pubblicazione della legge e costituisse perciò una violazione del diritto di proprietà passibile dell'applicazione delle leggi civili e delle penali. E sin qui poteva naturalmente supporsi che l'eccesso della severità, se fosse stata promulgata la legge, non sarebbe stato applicato od avrebbe conseguito l'effetto opposto; poichè, trattandosi di eliminare uno stato di fatto inveterato, evidentemente non si poteva sperare di procedere senz'altro d'un colpo netto e deciso, ma conveniva contentarsi di un'abolizione graduale e ragionevole. Quanto al proprietario, questi era obbligato ad affrancare verso pagamento di un canone annuo agli utenti; a meno che il Comune interessato, in rappresentanza degli utenti, non chiedesse al proprietario del fondo gravato la divisione del fondo stesso per appropriarsi la parte di questo fondo corrispondente al valore da abolirsi, poichè in questo caso si applicavano le norme ordinarie della divisione. Ai Comuni era prefisso un termine di sei mesi dalla pubblicazione della legge per valersi di questa disposizione; altrimenti avrebbero dovuto contentarsi del canone annuo. Era istituita una Giunta d'arbitri nei capiluoghi di provincia, composta dal presidente del Tribunale civile, dall'ingegnere capo dell'ufficio del Genio civile provinciale, da un consigliere provinciale scelto dal Consiglio provinciale per giudicare inappellabilmente in ogni caso, eccettuatone uno. Le indennità sarebbero state di spettanza ai Comuni e per i privati e per quanto non fosse contemplato dalla legge restava in

Digitized by Google

vigore la notificazione del 1849, non trovandosi alcuna ragione sufficiente per derogarvi.

A questo progetto GRIMALDI si attribuirono due pregi: primo, quello di esser coerente ai principii vecchi sulle servitù civiche; secondo, quello di aver tenuto conto di leggi simili emanate in altre provincie del regno e specialmente di quella 2 aprile 1882 che aboliva i diritti di pascolo ed erbatico nel Veneto. Ma il progetto non teneva affatto conto della natura dei terreni, nè rifletteva che vi sono dei territori i quali non possono essere utilizzati altrimenti fuorchè a mezzo della pastorizia, non essendo adatti ad una coltivazione intensiva e ad una vera e propria utilizzazione agricola. Quindi il principio abolizionista, inteso rigorosamente, rimaneva una teoria sterile ed assoluta per quanto riguardava talune qualità di terreno ingrato e reso poco utile per le sue stesse condizioni naturali; perciocchè la servitù di pascere, contuttochè vincolo reale di un fondo, non è in tutto da paragonarsi all'enfiteusi. Le enfiteusi infatti sono istituite allo scopo di facilitare la coltivazione dei fondi in generale e per tutte le colture alle quali un fondo può essere sottoposto, senza però distinguere da coltura a coltura, e senza l'intervento del proprietario; mentre anche la servitù di pascere corrisponde ad una utilizzazione del fondo fatta all'infuori dell'opera del proprietario, ma non importa scelta o contemperamento di colture ed è forse la negazione delle vere e proprie colture agricole. Dunque il favore accordato alla costituzione delle enfiteusi non ha che fare col favore che può accordarsi o può rifiutarsi alla pastorizia; la posizione della questione è perfettamente diversa e non vi sono argomenti di analogia che tengano o possano prendersi in considerazione seria. Questi terreni, rocciosi e duri di montagna, non possono essere utilizzati che a pascolo di pecore o di capre nella stagione estiva; e, se il proprietario non ha greggia, egli dovrebbe rassegnarsi a lasciare inutile il suo terreno quante volte non si potesse esercitarvi la servitù di pascolo.

Resta sempre la possibilità o l'eventualità del conflitto tra il pascolo e il bosco: specialmente nel caso che su quel territorio stesso fosse già sviluppato il bosco naturale oppure

Digitized by Google

vi fosse stata praticata la piantagione boschiva. Ma altre colture, nè miglioramenti razionali in quel fondo, non sono possibili; o per la massima ingratitudine del suolo che li escluda in modo assoluto, o perchè all'ingratitudine relativa del suolo stesso non si possa applicare il correttivo della bonificazione per mancanza di tornaconto nella spesa. O che i beni appartengano ad un Comune, o ad un consorzio, o ad un privato, è perfettamente lo stesso: non è possibile altra utilizzazione all'infuori di quella che di questi terreni si fa per mezzo della pastorizia; e questa utilizzazione conviene ammettere senz'altro nell'unico modo che è possibile, vale a dire a mezzo della pastorizia e nell'epoca estiva, poichè d'inverno la pastura si fa al piano. Ciò premesso, converrebbe obbligare il proprietario del suolo a tenere delle greggie in quantità e qualità corrispondente a quel pascolo montuoso di cui egli può disporre; e poichè ciò non è possibile, converrebbe avere il coraggio di obbligarlo a tenere inutile e inoperoso il suo terreno: cosa del pari assurda nè meno illogica. Prescrivere o promuovere la coltura boschiva non sempre nè ovunque è del pari possibile. D'altra parte, se la pastorizia gli rendesse di più, non si può prescrivere al proprietario di preferire il bosco.

Ciò sarebbe propriamente assurdo e lesivo dei diritti del proprietario: tutto si riduce dunque alla pastorizia applicata ad un terreno come utilizzazione esclusiva di esso, oppure applicata al terreno stesso e contemporaneamente al bosco. Nella seconda ipotesi sino ad un certo punto si potranno prescrivere dei regolamenti d'uso da un'autorità diversa dal proprietario o dai proprietari o dall'amministrazione che di quei proprietari ha la rappresentanza: poichè l'interesse pubblico alla tutela del quale è proposto lo Stato, se mai, si limita all'interesse generale dell'agricoltura e dell'igiene o della sicurezza, nè può, oltre le necessità di quest'ordine universale, entrare nei rapporti della proprietà privata neppure sotto il punto di vista delle ragioni economiche. L'affrancazione o la liberazione dei fondi gravati da queste cosiddette servitù di pascolo non è della stessa entità, dello stesso valore e dello stesso significato dell'affrancazione delle enfiteusi, neppure sotto il punto di vista economico o sociale. Quindi tutto quello

Digitized by Google

che si disse in odio al vincolo enfiteutico, imprecando persino contro il domino diretto quasi come contro un indegno sfruttatore della proprietà e del lavoro dell'utilista, non torna affatto in acconcio trattandosi di proprietario che utilizza i suoi beni a pascolo, anche perchè la proprietà del fondo sarebbe perfettamente inutile tanto per colui che non potrebbe quanto per chi volesse condurvi la greggia a pascere; dal momento che da quel terreno non si può ricavare altra utilità da quella del pascolo infuori. Quì non è più il caso di fare vane declamazioni o di ricorrere a vecchi luoghi comuni, mentre difficilmente si troverebbe un acquirente della proprietà il quale esercitasse per sè e per suo conto la pastorizia *iure proprietatis*, escludendo cioè da qualsiasi parte ogni uso a scopo consimile. Non conviene dunque prescindere dalle condizioni dei luoghi e dalle utilizzazioni ordinarie di zone poco accessibili e di terreni per natura ingrati e irriducibili a coltura intensiva o comunque agricola. Abolite pure la servitù di pascolo; ma questo talora significa, anzi significa il più delle volte, abolire completamente il pascolo. E abolire il pascolo equivale quasi sempre ad abolire qualsiasi utilizzazione del terreno sul quale il pascolo si esercitava prima: non si può pretendere che sui sassi si semini grano o si piantino alberi o si coltivino le ortaglie. Non v'è che il bosco, dunque; e l'eventuale scelta non è che tra il bosco e la pastorizia: difficilmente si possono cumulare entrambe queste forme di utilizzazione del suolo ad un tempo sullo stesso territorio e colla voluta o conveniente intensità per entrambe, tanto che l'una non finisca col danneggiare l'altra.

L'errore consiste nel considerare ciò che nella servitù, cosiddetta, di pascolo, costituisce un gravame pel fondo vincolato e non già nell'esaminare se questo gravame possa essere desiderato o invocato o conveniente pel fondo che serve; questa pare che sia un'indagine inutile o superflua o fuori di luogo o forse secondaria. D'altronde, se si vuol demolire il sistema di utilizzare il suolo per mezzo dei pascoli, conviene pure sostituire a questo qualche altro sistema che si addimostri per lo meno conveniente e alieno da una sistemazione a diritto della collettività. Mettiamo pure il bosco; se in questo bosco noi togliamo il legnatico (quasi sempre

Digitized by Google

le due servitù sono parallele nella stessa zona o in zone limitrofe) come abbiamo escluso il pascolo, vogliamo proprio che il proprietario del suolo pascoli il suo bestiame oppure tagli le sue legna per conto proprio. Ma il diritto di pascolare o di legnare o entrambi i diritti fusi insieme ci potranno allora apparire sotto altra forma giuridica, sotto altra veste; come potrebbe essere, a mo' d'esempio, quella d'enfiteusi o quella d'affitto più o meno lungo e tacitamente rinnovato alla scadenza. E del resto il vincolo affrancabile non è da cónfondersi col divieto del vincolo; poichè l'affrancabilità è semplicemente eventuale e non può sconoscersi che serva assai bene ad evitare gli inconvenienti della perpetuità. Il divieto assoluto, circondato per giunta da gravi sanzioni, è una cosa diversa e non muove dal criterio della durata del diritto, ma dalla pretesa incompatibilità dell'esercizio del diritto stesso con una economica, utile e moderna sistemazione del diritto di proprietà: e questo è il lato debole e troppo esclusivo di un'abolizione fatta alla cieca e senza distinguere caso da caso o uno da altro gruppo di casi, senza esaminare la condizione dei luoghi e la possibilità delle diverse colture.

Del resto, non sembrerebbe fuor di luogo che si avesse riguardo anche all'origine della servitù di pascolo. Facciamo il caso più frequente: quello cioè che il terreno sul quale il pascolo si esercita appartenga al Comune e che il Comune l'abbia reso proprio senza usurpazione, legittimamente, o acquistandolo dal proprietario od occupandolo se abbandonato nel senso giuridico. E supponiamo che la popolazione di quel Comune, o di quell'aggregato comunque esso voglia chiamarsi, sia dedita principalmente, se pur non esclusivamente, alla pastorizia. In tal caso a noi sembra più che naturale che il Comune seguiti sempre come per l'addietro ad ammettere, riconoscere e regolare una servitù di pascolo dei suoi comunisti su quel terreno: nè troviamo punto logico o conveniente che tale servitù di pascolo debba d'un tratto di penna abolirsi, se la popolazione di quel Comune seguita a dedicarsi prevalentemente alla pastorizia e se da quel terreno non si può trarre un provento più proficuo o conveniente. Restando la servitù di pascolo, vi è d'uopo di esaminare la posizione rispettiva del Comune e dei comunisti. Se risulta con ogni

Digitized by Google

chiarezza che il Comune ha concesso il pascolo ai comunisti tutti, magari per famiglie direttamente (servendosi di questa concessione come di un metodo per erogare il proprio provento patrimoniale di una data parte del suo patrimonio immobiliare), anzichè concedere a fitto quei pascoli e convertire il fitto in un ordinario incasso la cui utilità dovesse poi ridondare ai comunisti magari sotto forma di diminuzione di gravezze: in tale ipotesi il pascolo rientra sotto le forme economiche di utilizzazione dei beni comunali. Ed il Comune ha diritto o di eliminare queste utenze o di regolarle a mezzo di disposizioni nelle quali prevalga la sistemazione patrimoniale sui riguardi di vero e proprio diritto pubblico: purchè nel distribuire l'uso tra i comunisti o i capi di famiglia nel territorio non violi le leggi del riparto proporzionale, rendendosi in questa ipotesi passibile di richiamo all'autorità tutoria o al Governo. In questa ipotesi (che facilmente si distingue dalle altre inquantochè i comunisti non pagano corrisposta di fitto o di utilizzazione sotto qualsiasi forma) non v'è nulla da affrancare nè da abolire; se pure non vogliasi ritenere imperfetto questo modo di utilizzare il patrimonio immobiliare del Comune: la qual cosa molte volte sarà da escludersi tenuto conto della natura e qualità del terreno di cui si tratta e delle speciali condizioni di povertà dei suoi abitanti. Allora, se pure un'altra utilizzazione si renderà più conveniente, questo richiamare il Comune dal sistema delle servitù di pascolo a titolo gratuito al sistema dell'affittanza a titolo oneroso sarà còmpito non già delle leggi di diritto privato, ma delle leggi di pubblica amministrazione che sono ben'altra cosa. Così, in tal caso, se si reputasse opportuno di togliere ai comunisti l'uso diretto del pascolo, nessuna indennità si dovrebbe ad essi; poichè ciò che si è tolto da una parte abolendo l'esercizio del pascolo, si restituisce dall'altra sotto forma diversa, p. e. sotto la forma di diminuzione delle imposte. Nè vale il richiamare la lunga durata dell'esercizio stesso e fare appello al diritto acquisito per prescrizione magari secolare; poichè non si può prescrivere ciò che appartiene al diritto pubblico, e la utilizzazione dei beni comunali sotto una od altra forma è precisamente di diritto pubblico. Altra ipotesi: che quei beni, sui quali i co-

Digitized by Google

munisti esercitano il diritto di pascolo tutti e *uti universitas*, con norme fissate dal Comune, appartengano ad uno o più privati, comunisti o no non importa. In questa ipotesi conviene anzitutto escludere che il pascolo di cui si tratta abbia origine abusiva, poichè dall'abuso non potrebbe ritenersi scaturire alcun diritto: ma questa ricerca non è abbastanza facile per poterla ritenere di esito sicuro nella maggior parte dei casi: le cronache del luogo, gli archivi comunali molte volte non dànno che risultati puramente negativi. Si sa che l'esercizio esiste, che esisteva da tempo immemorabile, ma difficilmente si arriva a conoscere da quanto tempo esistesse e quali fossero le sue prime origini: la comunità, nei suoi organi amministrativi, molte volte non ha cominciato ad occuparsi che tardi assai di questo esercizio dei comunisti, svoltosi per molto tempo pacificamente e forse ad un certo istante divenuto tumultuario tanto da richiedere l'intervento dei poteri pubblici più che altro sotto il punto di vista del regolamento di polizia. Allora il proprietario, se vuol liberare il suo fondo da un gravame che ritiene ingiusto, deve rivolgersi contro l'*universitas* dei cittadini e contro la sua legittima rappresentanza comunale, quantunque il Comune siasi disinteressato sempre della cosa perchè la situazione non richiedeva il suo intervento. Che se i cittadini soltanto *uti singuli* hanno sempre approfittato dello *ius pascendi* sui fondi di altro singolo comunista, in tal caso la situazione è ben diversa; poichè allora il Comune non ha proprio nulla che vedere in tuttociò, e, se si tratta dell'abolizione del vincolo, questa deve aver luogo esclusivamente nei rapporti tra privati e qualora concorrano ragioni di convenienza che possano distruggere quelle altre ragioni di convenienza per le quali il vincolo fu creato. Alla quale bisogna potrebbero anche rispondere le leggi abolitive o redentrici di questi vincoli, le quali, per essere in stretta relazione col diritto privato, non pure non debbono pretendere di contrastare all'interesse dei privati disponendo *de iure* l'abolizione di un vincolo che il vincolato abbia invece interesse e volontà di conservare, ma non possono neppure prescindere dal titolo contrattuale di costituzione, se in origine contratto vi fu. A questo contratto conviene aver pieno riguardo per non

Digitized by Google

qualificare (in primo luogo) inesattamente l'indole del rapporto sotto il punto di vista della sua realità o meno; in secondo luogo per potere formulare un giudizio sicuro circa la sua durata e per esaurire il contenuto contrattuale proprio di esso. Però anche a questi vincoli, se la loro durata non avesse limite, si dovrebbe poter applicare quella facoltà generica del riscatto che in casi simili il Codice civile ha creduto di accordare, per evitare la perpetuità dei vincoli della proprietà: e difatti a un certo istante può bene il proprietario avvisare ad una utilizzazione migliore del proprio fondo, destinandolo ad una coltura diversa, finchè ciò è compatibile colla qualità del relativo terreno. Ma da questo al pretendere lo svincolo come obbligato ci corre e ci corre non poco; significa sostituirsi alla volontà delle parti interessate, ficcando ragioni di pubblico interesse là dove pubblico interesse non entra affatto; significa snaturare il rapporto giuridico e dargli una veste tutt'affatto arbitraria. In ultimo, non trovando altro argomento migliore, si esce fuori col pretesto della economia pubblica; quasichè lo Stato coi suoi divieti possa riuscire a render fertile il macigno, o quasichè il privato possa avere minore interesse dello Stato nel rendere il più possibilmente fruttifere le sue proprietà; il che sarebbe poco meno che assurdo. Del resto non vi sarà Stato, crediamo, che voglia sopprimere l'esercizio della pastorizia nel suo territorio; come non vi sarà Stato che voglia distrutte le razze del bestiame grosso e minuto, il quale avrà pure bisogno di pascoli per alimentarsi e di acque per abbeverarsi. Sotto questo punto di vista, a leggere il disegno di legge GRIMALDI, si resta quasi penosamente impressionati di quanto possa un preconcetto dottrinario contro la realtà dei fatti: e poi vien fatto di domandarsi perchè l'abolizione colpisca quei diritti quando sono esercitati da generalità o da collettività di abitanti e non li colpisca quando sono esercitati da privati singoli contro privati singoli. Dov'è la coerenza del concetto legislativo? Se si guarda alle origini di questi diritti, è forse più probabile che abbiano origine feudale i diritti stessi esercitati da privato a privato, anzichè quelli esercitati dalla comunità dei cittadini contro i privati singoli, oppure dai privati singoli sui beni patrimoniali del Co-

Digitized by Google

mune. L'origine feudale del diritto di pascolo, allorchè realmente risulti in via più o meno diretta dalla storia di quel dato rapporto nel caso speciale, sarà indubbiamente un'ottima ragione per venire al punto dell'abolizione del vincolo; ma non si può dire che ogni specie di servitù di pascolo, anche se non sia di data recente, debba necessariamente risalire ad un rapporto feudale. La qual cosa si vuole assolutamente accertare prima di asserirla; e, per lo meno, vuol'essere argomentata da una quantità sufficiente d'indizi atti a determinarla e dei quali vorrebbesi dar giudizio ad ogni volta, individualmente. Del resto, se pure trattavasi di un diritto incastrato nel sistema feudale, questo diritto era piuttosto a carico che a benefizio dei feudatari; era contro la feudalità e non a favore della feudalità che esso si esercitava. Erano i poveri pastori perduti tra i monti, dove la mano del feudatario giungeva soltanto con poco entusiasmo o non giungeva affatto; erano questi paria delle classi agricole quelli che strappavano timidamente l'uso a pascolo dei terreni rocciosi o silvestri. E, se un sentimento dovesse prevalere nel campo giuridico, questo sentimento dovrebbe essere di compassione e di tolleranza, non di abolizionismo feroce. Il diritto comune forse fu più esatto nell'interpretare la natura precaria di questi usi a pascolo; nel senso che quelle facoltà degli abitanti di una data zona di terreno di pascolarvi il loro bestiame dovesse restare fino a che il proprietario di quei terreni non li avesse riservati a proprio vantaggio o non ne avesse cambiato la destinazione in una coltura più proficua. Partendo da questo punto di vista del precario, evidentemente rimane esclusa ogni possibilità di acquisto del diritto di pascolo per prescrizione, dappoichè una concessione revocabile *ad libitum* del concedente non può rimanere prescritta a benefizio del concessionario. Ed in tal caso, revocandosi il precario, non sarebbe neppure indicato di assegnare delle indennità di riscatto, perchè non vi sarebbe alcun diritto da compensare per la sua estinzione. Ma che dire se la concessione del pascolo non fu una semplice tolleranza, ma fu onerosa e originò da un contratto? In tal caso deve rispettarsi la legge del contratto; e, come al precario si possono imporre anche delle regole le quali

Digitized by Google

più o meno coartino la facoltà del proprietario di valersi delle cose sue come meglio crede, così in tal caso non può derogarsi dai patti espressi se non per consenso dei contraenti stessi e salvo a dichiarare per legge che ad ogni trentennio debba rinnovarsi il patto come per le affittanze, acciocchè i rapporti relativi non abbiano a durare soverchiamente contro la nuovissima volontà di uno tra i due contraenti, anche se questi espressamente o tacitamente sin dal principio siasi impegnato senza limite o per una durata ultratrentennale. Ma, se i contraenti si mettono nuovamente d'accordo o se il proprietario del fondo gravato intende confermare il precario; che cosa può fare una legge abolitiva se non violentare con poco successo la libera volontà delle parti? La legge abolisce un diritto di pascolo sul mio fondo ed io ne ammetto la continuazione: ecco che io ho ragione delle leggi. Quanto poi all'ipotesi del conflitto, sembra che dovrebbero poter bastare le disposizioni del Codice civile che regolano genericamente la materia contrattuale.

57. Il primo controprogetto della Commissione parlamentare fu presentato alla Camera dei deputati, su relazione Zucconi del 30 marzo 1886. L'espressione ministeriale *diritti* si cambiava anzitutto in quella di *servitù*, sulle traccie di una notificazione pontificia; quasichè una maggiore specificazione del nome potesse servire a rendere più facile e meno difficoltosa la soluzione. E con la servitù di pascere si aboliva altresì la servitù di seminare, ritenendo che il bestiame da lavoro pascola nel luogo stesso dove il lavoro si compie e che quindi l'abolizione del pascolo sarebbe stata inutile senza l'abolizione della servitù di seminare. Stabiliva anche di non porre un termine fisso alla cessazione dell'esercizio di questi diritti, osservando che, se nel frattempo le Giunte d'arbitri non avessero liquidate le indennità, gli utenti per qualche tempo sarebbero rimasti privi così dei diritti come del corrispettivo dei diritti stessi aboliti. E perciò, imitando la disposizione dell'art. 55 del decreto della Commissione provvisoria di Governo sulle disposizioni della legge civile 3 febbraio 1849, la quale non aveva avuto esecuzione, conservò i diritti di pascere e seminare sulle

Digitized by Google

montagne e sulle terre per la loro condizione non atte a migliore coltura. Dalla notificazione pontificia poi si tolse la massima che queste servitù debbono ritenersi di carattere negativo e proibitivo e derivanti da un titolo espresso o presunto; senza lasciare ai proprietari margine di tempo, mentre la notificazione aveva concesso ad essi tre anni per la prova del contrario. Al principio che le indennità spettino ai Comuni si sostituiva l'altro di devolverle a beneficio delle università utenti e si modificò la composizione della Giunta d'arbitri, sostituendo alla maggioranza dei funzionari governativi una maggioranza di membri elettivi, stabilendosi una di queste Giunte per ogni circondario. E la Commissione non riportò sul suo disegno di legge l'espressione del progetto ministeriale che le Giunte d'arbitri provvedano da amichevoli compositrici e inappellabilmente: per la qual cosa lasciò aperto l'adito all'appellazione. Il controprogetto provvedeva altresì alla costituzione e al regolare andamento delle società alle quali si dovrebbero distribuire i capitali e i beni provenienti dalle affrancazioni, garantendo con azione popolare l'esecuzione della legge contro coloro cui spettasse curarla sotto la loro propria responsabilità pei danni verso tutti gli interessati. Anche qui sembra si ravvisasse la necessità di ricorrere a rimedi brutali, a comminatorie, a coercizioni e quasi a penali: sistema doloroso e per la diffidenza che rivela nei legislatori verso i cittadini e per il senso di ribellione che ispira ai cittadini verso la legge, ossia per due effetti deplorevoli e non degni nè di tempi nè di paesi civili.

Vi sono delle disposizioni generali contro chi per fatto proprio o negligenza propria cagiona danno ad altri; e queste disposizioni generali non hanno d'uopo di essere rinforzate per taluni casi determinati, nè di essere tradotte in leggi speciali e neppure di essere richiamate, appunto perchè questo sistema indebolisce o tende a indebolire, per lo meno, le sanzioni generali la cui efficacia vuole invece essere gelosamente custodita per tutti i casi ai quali si deve applicare, senza rallentamento come senza rinforzo. Quanto poi alla conservazione o tolleranza dei diritti di pascere e seminare nei terreni montuosi e inadatti a miglior-

Digitized by Google

coltura, questo è concetto rispondente ai criteri moderni sulla materia. Ma resta sempre la domanda: la legge che regola un diritto di pascere o di legnare o di seminare è una legge di bonifica od ha invece l'unica e più modesta missione di liquidare il passato e d'impedire che si perpetuino le situazioni equivoche o ibride nei rapporti di coltivazione o di coltura dei fondi? Se lo scopo è quello di sistemare la posizione di rapporti precedenti di diritto civile, in tal caso sembra che non si debba avere riguardo direttamente a migliorare le colture, ma che il miglioramento delle colture piuttosto si debba accettare e produrre come conseguenza della regolarizzazione dei rapporti di diritto privato, acciocchè tali rapporti non abbiano a deviare dal loro retto cammino e a produrre delle lesioni che non possano rimediarsi se non con altre lesioni, perpetuando così l'anormalità e il disequilibrio nei possessi.

Ora dunque è d'uopo che si applichi un diritto solo, una sola legge in tutti i casi e conviene escludere ogni trattamento odioso, ogni trattamento di prevenzione o di odio; non dovendo lasciarsi neppure supporre che in tal caso la legge abbia voluto gravare la mano per spirito di malinteso e per proposito meditato di contrariare in quanto è possibile l'esercizio della pastorizia. Escluso ciò, evidentemente il controprogetto di cui parliamo si metteva per una falsa strada; e, pure facendo omaggio alle nuove idee temperate tra la furia abolitiva e l'inerzia conservativa, lasciava non poco a desiderare sotto il punto di vista specialmente dei mezzi adoperati per conseguire il fine. Per il resto, la disposizione di accordare le indennità alle università utenti, anzichè, come per il progetto ministeriale, ai Comuni di regola, sembra davvero un provvedimento di buona logica giuridica: poichè appunto l'indennità deve accordarsi a chi risente danno per l'abolizione. Ma, se università utenti non vi sono; o se, per dir meglio, gli utenti non costituiscono una università diversa e distinta dal Comune al quale essi appartengono? In tal caso, non c'è nulla da dubitare che, anche a tenore di questo controprogetto, è al Comune che l'indennità spetta, poichè il Comune rappresenta il corpo collettivo degli utenti. E a nostro modo di vedere, anche se non tutti i comunisti

Digitized by Google

avessero diritto al pascolo ma solo quelli tra essi che sono capi di famiglia, il Comune dovrebbe ritenersi come loro rappresentante ed essere ammesso a percepire l'indennità di riscatto; perchè i capi famiglia non possono supporsi formino una università distinta dal Comune: sia perchè il Comune non è se non una riunione di famiglie, sia perchè l'uso di ciascuna famiglia ordinariamente è proporzionato al numero dei suoi componenti e però si traduce nell'uso puro e semplice dei comunisti, tutti quanti essi sono e colle norme determinate o dal regolamento comunale o dall'originario statuto dell'utenza.

Al Comune non può dunque sfuggire questa rappresentanza, se pure essa non è costituita separatamente in forma legale e con uno speciale funzionamento adatto a conseguire lo scopo delle utenze e che veramente abbia avuto efficacia in questo senso. Ma le più volte forse la legittimazione della rappresentanza di queste utenze e la loro costituzione a forma di università non si era ritenuta opportuna, perchè l'uso del pascolo procedeva amichevolmente e quasi alla patriarcale sotto il regime delle consuetudini e della buona fede reciproca. Nei tempi nuovi per contrario la questione si è complicata colle nuove idee di liberalismo avanzato e colla smania di creare uno stato di cose il più possibilmente contrario all'antico ed anche d'accordo colle idee socialistiche invadenti. La difficoltà è appunto quella di conciliare la libertà della proprietà individuale colle tendenze umanitarie del collettivismo, se a questo non si vuole coraggiosamente rinunziare. Dal nostro canto noi riteniamo che sotto il punto di vista del diritto civile non si debba aver riguardo che al concetto individuale della proprietà considerata come diritto esclusivo; e quindi non si debba punto aver di mira una soverchia estensione del diritto di pascere sull'altrui, ma si debba attenersi principalmente all'estensione data a questo diritto dal titolo o dalla consuetudine che abbia potuto produrre una legittima ragione d'acquisto: poichè nel caso nostro non si tratta già di distribuire le utilità del suolo ai comunisti, ma si tratta di rispettare la volontà dei contraenti manifestata nella costituzione del rapporto di pascolo.

Digitized by Google

Se l'*universitas* utente del pascolo è dunque più ristretta dell'*universitas* comunale, ossia del Comune, non è lecito di chiamare il Comune alla rappresentanza di questi interessi collettivi che riguardano una sfera di persone più limitata e più ristretta; la collettività potrà farsi rappresentare, se così crede, dal Comune, ma la rappresentanza dei suoi interessi non dovrà confondersi colla rappresentanza degli interessi del Comune, trattandosi di due *universitates* tra loro distinte, quantunque l'una possa comprendere l'altra nel suo proprio seno. E in questo caso, anche se l'utenza del pascolo sia stata sin dapprincipio tanto estesa da far supporre che potesse interessare tutta quanta la cittadinanza, conviene andar molto cauti ed esaminare accuratamente l'atto di costituzione del pascolo stesso, compulsando i documenti nell'archivio comunale e negli archivi privati, dibattendo le ipotesi più variate, fino ad accettare quella che trova il suffragio dei fatti e alla quale i fatti meglio rispondono. Ma nessuna presunzione deve militare a favore della comunità sol perchè la comunità comprende nel suo territorio il fondo sul quale dovrebbe esercitarsi la servitù di pascolo e solo perchè i comunisti tutti sono dediti alla pastorizia e possono trovare molto comodo di esercitarla in quella data zona del territorio anzichè in un'altra zona del territorio stesso o nel territorio di un Comune vicino. E neppure è còmpito del diritto civile il trovare i pascoli sufficienti all'industria di tutta una popolazione dedita alla pastorizia, anche se questa popolazione è perduta sul cocuzzolo di un monte ed isolata dal consorzio civile, tanto da servirsi quasi unicamente per proprio consumo dei prodotti del gregge. Anzi lo spirito dei tempi moderni, se mai, dovrebbe favorire lo sviluppo della pastorizia considerata come una grande industria per l' utilizzazione dei prodotti del gregge: al modo stesso che vi è tendenza a favorire l'agricoltura non più come mezzadria a piccolo sfruttamento e destinata per i bisogni di una sola famiglia o di due sole famiglie (quella del proprietario e quella del coltivatore), ma come una grande industria avente il còmpito di trasformare i prodotti del suolo per farne esportazione a grandi partite. Ed in questo intento conviene affidarsi sopratutto all'industria privata, e quindi alla proprietà privata;

Digitized by Google

poichè ormai l'esperienza ci ha insegnato quanto poco noi ci possiamo fidare delle municipalizzazioni: e, per affidarsi all'industria e all'iniziativa privata, non conviene essere troppo teneri delle collettività. Vuol dire che se una collettività, una *universitas* ha diritto all'esercizio della pastorizia, questo diritto si deve riconoscere; ma non già che il diritto si debba creare di sana pianta soltanto per trovare occupazione alla comunità o per sentimento di filantropia o per socialismo dottrinario.

Noi siamo in tema di diritti civili e non di diritti politici: noi non siamo chiamati a riformare il sistema della proprietà così come oggi essa è organizzata, ma bensì dobbiamo caratterizzare i rapporti giuridici così come si trovano costituiti e sistemarli nel modo più conveniente e più adatto a conseguire lo scopo che è l'adempimento dei contratti e la pacifica esplicazione dei diritti il cui esercizio costituisce il contenuto della proprietà. S'intende che qui non è questione nè di opinioni politiche nè di opinioni economiche, e che si deve procedere con calma assoluta alla liquidazione del passato per ciò che concerne la non più voluta perpetuità dei vincoli, ammettendone la possibilità del riscatto come nell'enfiteusi, non già a favore dell'utente ma a favore del proprietario; perciocchè l'utente in rapporto di pascolo non sia da paragonarsi in tutto all'utilista nell'enfiteusi perchè l'utilista enfiteutico trae profitto da tutte quante le attività produttive del fondo e non dai soli pascoli. Piuttosto la cessazione di queste utenze di pascolo è da paragonarsi alla cessazione delle affittanze per un periodo che oltrepassi i trent'anni: cessazione che, per quanto riguardi tutte le attività agricole ed economiche del fondo, tuttavia è disposta esclusivamente a beneficio del proprietario e della proprietà e non già dell'affittuario che utilizza il suolo e i prodotti del suolo da un tempo più o meno lungo.

Mentre nel controprogetto della Commissione parlamentare è lodevolissima la sostituzione delle università utenti ai Comuni nel godimento delle indennità per l'affrancazione dei fondi dalla servitù del pascolo, si sarebbe forse potuto sperare che essa avesse restituito alla competenza del magistrato ordinario quelle controversie che il progetto mini-

Digitized by Google

steriale aveva cominciato col deferire alle speciali Giunte d'arbitri. Sta bene che la Giunta d'arbitri, essendo presieduta dal presidente del Tribunale civile territorialmente competente, ha un nesso o legame abbastanza diretto coll'Autorità giudiziaria; ma tanto più allora, poichè v'era già un presidente tratto dall'Autorità giudiziaria territorialmente competente, si poteva completare l'opera e deferire simili controversie al Tribunale stesso tutto quanto, collegialmente completo.

Per le questioni tecniche il Tribunale avrebbe potuto secondo il bisogno reclamare l'intervento di un perito ingegnere od agronomo ed anche fare dei sopraluoghi che avesse reputato opportuni per appurare convenientemente le condizioni di fatto e per costituire o ricostituire in base a queste condizioni di fatto la situazione giuridica. Del resto, non si vede poi una grande necessità per un intervento speciale di rappresentanti locali, quasichè i giudici non potessero essere sufficientemente illuminati anche senza l'aiuto dell'elemento territoriale. In ultima analisi, stando allo spirito informatore delle disposizioni legislative che cosa dovrebbero dire questi elementi locali? Forse che essi dichiarassero come le terre soggette a pascolo potessero essere per loro condizione sottoposte a migliore coltura e quindi valesse la pena di affrancarle? Forse perchè essi determinassero se la servitù oppure se i fondi sui quali l'utenza prima esplicavasi appartenessero al Comune o ad altra università o a taluni privati? Ma la prima è una questione specialmente tecnica e la seconda sopratutto giuridica: non sembra quindi che gli elementi locali possano contribuire a facilitarne lo scioglimento. Si dice forse che gli elementi locali stanno a garantire i diritti della consuetudine e della lunga osservanza; ed allora entriamo in tema di notorietà, e cioè propriamente nella materia delle prove: in tal caso è strano che la prova si domandi al giudice e che dal giudice si voglia opera di testimonio. Nè serve il dire che la Giunta d'arbitri, per il valore stesso dell'espressione, esercita attribuzioni di amichevole componitrice; perciocchè, anzitutto quest'espressione del progetto ministeriale non è ripetuta nel controprogetto della Commissione parlamentare, e poi vi sono molti e molti casi

Digitized by Google

nei quali il giudice, pur non essendo espressamente qualificato colla denominazione di arbitro, adempie tuttavia a vere e proprie funzioni arbitrali, perchè non può applicare lo stretto rigore del diritto scritto. Ora in questo caso è anche questione di opinioni; poichè, mentre taluni credono che ad ogni piccola finalità distinta si debba applicare un congegno speciale, altri invece osteggiano la moltiplicazione degli organi, quando per rispondere a certe date funzioni si potrebbero utilizzare dati già preesistenti, organi i quali già fossero in azione o che potessero agevolmente adattarsi alle nuove funzioni, congegni di varia entità ma riducibili anche alla portata che si desidera per sistemare le utilizzazioni dei fondi situati in zone poco feraci ed aspre di montagna. Oltre a ciò, mentre il progetto ministeriale accentuava l'azione della Giunta d'arbitri per la composizione amichevole e rendeva inappellabile il lodo di essa Giunta; il controprogetto della Commissione non parlava di questa funzione di composizione amichevole e lasciava aperto l'adito dalla Giunta arbitrale alla Corte d'appello. Ciò significava dunque che la Giunta d'arbitri doveva pronunciarsi più o meno come si pronuncierebbe il Tribunale civile se a questo si deferisse la cognizione di simili vertenze; e ciò senza criteri diversi, senza funzioni più spiccatamente accentuate, senza deviazioni dalla procedura ordinaria, senza alterazione del sistema probatorio.

D'altro canto, se si riconosce opportuno che la giustizia sia amministrata, sia pure in forma arbitrale, dall'elemento locale od elettivo, la faccenda s'ingrossa e vi è grande facilità d'incappare in questioni di principî o di sistemi. Se si vuol dimostrare che è bene comporre i tribunali con elementi elettivi e si vuol sostenere che questo sistema corrisponde di più all'indole dei tempi attuali, è un'altra faccenda: ma allora la tesi non è più esclusiva per le servitù di pascolo o legnatico e per le utenze di pascendatico nel territorio ex-pontificio d'Italia o in altri territori nei quali prima fosse stato in vigore un tale sistema. Certamente le tendenze dei tempi moderni sono perchè i cittadini si amministrino la giustizia da sè o tra di sè con persone di loro fiducia scelte tra gli idonei in votazioni le quali permettano di con-

Digitized by Google

cludere che il paese ha quella giustizia che merita e che vuole: la qual cosa potrebbe anche servire come base per una riforma generale e per un miglioramento dell'organizzazione della giustizia stessa, la quale oggi è così poco rassicurante nel nostro paese.

Del resto, quanti altri negozi giuridici vi sono, che possono soggiacere a controversia e richiedere l'intervento di magistrati, i quali, lungi dall'applicare formalmente norme formali di legge scritta, si tengano all'equità della legge non scritta, applichino la consuetudine e si facciano eco della coscienza pubblica! In queste ipotesi tutte, le quali possono crescere a vista d'occhio secondo il vario modo di vedere e di considerare dei vari tempi nei vari luoghi, la soluzione dovrebbe condurre all'adozione di una magistratura popolare o quasi popolare, che si sostituisca all'opera della magistratura ordinaria e questa rimpiazzi nel pronunciare sulle controversie dei privati. Del resto, se si ritiene la magistratura ordinaria essere inidonea a pronunziare su queste controversie in primo grado, come si potrebbe ritenere atta a giudicare sulle controversie stesse in grado di appello, ossia in un altro grado di merito? E se l'Autorità giudiziaria ordinaria è idonea in grado di appello, perchè non potrebbe esserlo in primo grado di merito?

Il controprogetto della Commissione parlamentare provvide anche alla costituzione e al regolare andamento delle società alle quali verrebbero a spettare i capitali e i beni provenienti dall'affrancazione. In altri termini, quasichè le disposizioni di legge sulla comunione *pro indiviso* non dovessero essere anche in questo caso dei pascoli, e non potessero essere applicate senz'altro, si pensò di costituire un ente collettivo con rappresentanza propria e distinta e con organi appositi. Ma si potrebbe obbiettare che, i capitali tenendo il posto delle utenze soppresse ed i beni restando liberi in proprietà di chi prima li aveva come sottoposti al pascipascolo, nel primo caso sono gli utenti quelli ai quali debbono pervenire i capitali e nel secondo caso non vi è alcun cambiamento di proprietà da persona a persona, da ente ad ente, e tutto resta nelle medesime condizioni di prima. Del resto, se con questo controprogetto s'intendeva di semplificare la procedura per

Digitized by Google

la costituzione del subbietto giuridico dei fondi o dei capitali, non si può certamente dire che il di più guasti; *quod abundat non vitiat:* e anzi queste disposizioni potrebbero giovare ad una più sollecita liquidazione del passato e ad eliminare molte controversie dilatorie. Ma in questo stesso controprogetto si trovano delle disposizioni coercitive di una severità tale, che noi non ce ne possiamo dare una spiegazione esatta e non ne possiamo misurare lo scopo. Agli esecutori di una legge è fatto naturalmente sempre l'obbligo di eseguirla, perchè, se non vi ottemperano, interviene il giudice, il quale, a istanza degli interessati, può non solo ordinare l'esecuzione della legge stessa, ma tenere i contravventori responsabili per i danni. Questo si ritiene in ogni caso, senza ricorrere a disposizioni speciali, senza rincarar la dose, senza rinforzare disposizioni le quali dovrebbero essere o sembrare sufficienti: il diritto comune è sempre, possibilmente, null'altro che il diritto comune. Ciò che è severità, sostanzialmente, apparisce come paura e della paura produce gli effetti; nel senso che, se pure alcuno non avesse o non avesse avuto intenzione di contravvenire alla legge o di diminuirne l'efficacia, posto una volta sull'avviso dallo stesso dubbio del legislatore, si volge a pensieri di malizia e si studia di violare la legge medesima. E allora tra la legge ed il cittadino si viene a costituire quella specie di lotta, che è così dannosa all'armonia della vita civile e che è causa di tanti disinganni a coloro che fanno assegnamento nella forza imperativa della legge stessa. Del resto, non si verrà a dire che questa legge sia una panacea universale per la salute pubblica; tanto che senza l'osservanza delle relative disposizioni si rischi di perdere i benefizi della civiltà moderna e di guastare il sistema distributivo della ricchezza. Non conviene pertanto esagerare, per quanto si tratti d'introdurre un sistema nuovo di proprietà e per quanto si tratti di eliminare un sistema prevalso da secoli e che oggi si ritiene non più conveniente o non più adatto alla vita economica. Del resto l'esperienza insegna come queste disposizioni finiscano col rimanere quasi sempre lettera morta e col lasciare tranquillamente che l'abuso persista e si propaghi colla diffusione normale a tutti gli abusi che tentano di rimanere in

Digitized by Google

contravvenzione alla legge: e non vi è ragione alcuna per escludere anche nella nostra ipotesi gli insegnamenti dell'esperienza. Si guardi, a mo' d'esempio, la controversia per gli usi civici nel Lazio. Assai recentemente (1) si è detto in Parlamento che la legge del 1888 sugli usi civici dimenticava il fine sociale, e cioè i mezzi su cui da secoli quelle popolazioni facevano conto per avere delle risorse di coltura intensiva, perdendo così i vantaggi dell'antica legislazione senza ricavarne alcuno dalla legislazione nuova: si è persino detto che in tutti i casi conviene riconoscere nei contadini l'*illusione del possesso!*

In tanto pervertimento di criteri giuridici una sola cosa è da desiderarsi: che cioè il legislatore tagli corto con risolutezza ma senza abuso di sanzioni come senza scaricare la propria responsabilità sui giudici o sulla Giunta d'arbitri, allorchè si tratta non di applicare ma di determinare i principii di massima. Ed è da augurarsi che il taglio sia netto e deciso, senza preoccupazioni come senza debolezze; è da augurarsi che il diritto dissipi tutti gli abusi come tutte le illusioni, che le comunità, sol perchè tali, non ottengano maggiori diritti degli individui, o nel godimento dei diritti già acquisiti non oltrepassino la loro sfera contrattuale, oppure la lunga consuetudine corroborante di legittima veste il loro possesso. Per ogni caso si vuol dunque trovare la posizione giuridica esatta e precisa. E la politica, l'autorità esecutiva non sono che semplici esecutrici di una legge giuridica la quale determini il diritto e i limiti del diritto: la piazza in tuttociò non ha e non deve aver che vedere; il disagio di alcune classi sociali, se reclama l'intervento dello Stato, non deve però essere eliminato a spese e colla spogliazione di altre classi. Poichè gli interessi stessi che la proprietà sia salva e rispettata sono veri e propri interessi sociali, i quali come oggi interessano la classe borghese così domani possono interessare la classe operaia fatta posseditrice di beni immobili. Gli è per ciò che la legge giuridica rimane impassibile di fronte alle agitazioni di queste varie classi e di fronte alle specialità del momento storico che si può attraversare nella

(1) Seduta 4 aprile 1906 della Camera dei deputati.

Digitized by Google

politica economica. Solo gli interessi generali e remoti da passione politica interessano o possono interessare il diritto, dal quale la passione non trova nè può trovare accoglimento e sanzione e che vede i fatti della vita sociale da un punto di vista molto elevato e stabile ed anche tanto serio, da farsi obbligo di non dare nè ricevere illusioni. La legge abolitiva di queste servitù non può essere invocata come occasione o pretesto per una nuova distribuzione o ripartizione della ricchezza del suolo: ciò assolutamente sarebbe assurdo e abusivo. Nel campo del diritto civile non è permesso nè veramente possibile di fare della politica o di sviluppare una propaganda di carattere partigiano.

58. Al primo controprogetto della Commissione parlamentare tenne dietro il secondo progetto GRIMALDI. Il ministro proponente tenne fermi i principî del suo primo progetto, ma cedette per gli accessori alle modificazioni propostegli dalla Commissione, ritenendo che non alterassero troppo profondamente l'economia della legge da lui in origine presentata. Accettò anzitutto l'aggiunta della servitù di seminare a quelle contrastate nel primo progetto, e di più aggiunse anche il legnatico, per ragioni di connessione e perchè, allargata una volta l'estensione della legge, questa estensione fosse completa. Alla espressione di *servitù* fu sostituita l'espressione di *diritti* in genere.

Una delle questioni più gravi era quella del termine perentorio nel quale le servitù erano destinate a scomparire assolutamente e definitivamente: vi era una legge speciale e la sua attuazione era affidata ad un magistrato speciale con poteri straordinari; ma questi poteri straordinari per volontà, abilità o indolenza degli interessati assai probabilmente avrebbero potuto non conseguire colla voluta sollecitudine i corrispondenti effetti pratici. Il progetto ministeriale accettava pertanto il nuovo modo di composizione della Giunta d'arbitri; ma alla Giunta dette il còmpito di provvedere come compositrice amichevole ed anche nella maggior parte delle determinazioni inappellabilmente. Di più, messo nel bivio tra l'abolizione completa e la contemporanea conservazione in casi eccezionali, il progetto ministeriale am-

Digitized by Google

mise la continuazione, per il periodo di tempo indispensabile alle popolazioni, di quegli usi civici dai quali le popolazioni stesse traessero la ragione precipua della loro esistenza. In altri termini, anche qui si tenne l'eccezione accanto alla regola: la formola fu diversa, ma l'eccezione fu tuttora riconosciuta e si ritenne che l'applicazione di un principio rigido e generale non potesse soddisfare alle esigenze dei tempi. E fu data per questo disegno facoltà al Ministero di agricoltura di consentire la continuazione delle servitù. Ma potevano mai i rapporti di diritto privato, sia pure in via transitoria, mettersi alla balìa dell'Autorità politica? Ecco il solito errore di violare il sacrario del diritto civile, impenetrabile per sua natura alle azioni del potere politico. Senza dubbio i diritti di una intiera cittadinanza, per il solo fatto di appartenere ad una comunità, cominciano a rasentare l'interesse generale; ma è a notare che anche per questo riguardo la cittadinanza stessa *iure utitur privatorum*, ossia non può godere diritti maggiori di quelli dei quali godrebbe un utente privato nè potrebbe aspirare ad una perpetuità o perennità di diritto, quando in pari condizioni il diritto del privato più non sussistesse: in altri termini la personalità di diritto pubblico, come nulla toglie, così nulla aggiunge alla personalità di diritto privato o civile; e, se anche invece del municipio fosse lo Stato ammesso al godimento di un diritto patrimoniale, non per questo dovrebbero cambiare le norme del diritto e quelle del suo godimento. Ciò è evidente; oppure converrebbe ritenere con maggiore franchezza che noi non siamo in tema di diritto privato, ma invece in materia di diritto pubblico, sol perchè una persona pubblica e non una persona privata entra nel rapporto giuridico come utente della servitù o avente diritto all'esercizio della servitù stessa. La qual cosa senza dubbio nessuno saprà o vorrà sostenere apertamente, essendo contraria ad ogni più elementare principio di diritto: come nel caso nostro è contrario al buon senso giuridico mettere l'esecuzione della legge in balìa dell'autorità discrezionale del ministro di agricoltura, quasi per potestà a lui delegata dal legislatore stesso. In altri termini, adottando questo sistema, potrebbe anche darsi che l'abolizione della servitù venisse ad essere una vera e propria tur-

Digitized by Google

lupinatura, almeno in molti casi pratici, e forse nei casi di maggiore importanza e nei quali potrebbero essere più facili a sorgere le controversie tra le due parti interessate, l'una ad escludere, l'altra ad affermare la servitù. In quel terreno noi evidentemente non possiamo seguire i legislatori coi criteri di questo secondo progetto GRIMALDI, il quale presenta piuttosto l'impronta di viete opportunità politiche, che non di vere e proprie regole giuridiche e quindi risente di tutti gli inconvenienti che sono connessi alle disposizioni in materia di mio e di tuo, le quali possano essere ispirate a criteri estranei ai veri criteri giuridici, nella loro piena e, per così dire, esuberante autonomia d'azione.

La presunzione del titolo circa la natura e la derivazione di queste servitù fu mantenuta; ed anche si mantenne la priorità di grado nelle relative ipoteche su tutte le ipoteche iscritte anteriormente, ma senza accennare espressamente a questa priorità, bensì riferendosi al concetto d'ipoteca speciale secondo il concetto del Codice civile. Quanto all'esecuzione della legge, che il primo progetto GRIMALDI aveva resa obbligatoria nel più breve termine, obbligando i Consigli comunali, interessati, a deliberare nel termine di sei mesi circa l'opportunità di cedere la proprietà di parte dei fondi liberati (ritenendosi in caso contrario di dover liquidare l'indennità in un canone annuo); la Commissione, sostituiti ai Consigli i sindaci, non aveva ammesso la decadenza dei Comuni dall'esercizio di un tal diritto e si era attenuta ad un concetto più liberale e più largo di lasciare aperto l'adito all'esercizio di un tal diritto, senza limitazione di tempo. Il nuovo progetto ministeriale adottò per questo riguardo le idee della Commissione. E così si mantenne il concetto di devolvere ai Comuni interessati il corrispettivo delle abolizioni; ma fu ammesso che i Consigli comunali con deliberazioni sottoposte all'approvazione del Ministero di agricoltura destinassero un tale corrispettivo a beneficio delle Associazioni o degli enti anteriormente utenti. Laonde ogni disposizione riguardante la costituzione e il funzionamento di domini collettivi veniva a mancare: queste attribuzioni erano devolute in modo esclusivo ai Consigli comunali coll'approvazione del Ministero di agricoltura alle relative delibere

Digitized by Google

consigliari. E si accolse inoltre la proposta della Commissione sulle servitù di abbeverare e di transito del bestiame come si trovavano nella legge attuale e nella notificazione pontificia del 29 dicembre 1849, che non si volle abrogare totalmente, come la Commissione desiderava. Dunque il Ministero, mentre si piegava, specialmente per le cose di minor conto, alle vedute della Commissione, fece di tutto per tener fermi i principî del primo progetto: talchè, in fin dei conti, questo sistema più che a un metodo razionale sembrò ispirato alla ragion politica di contentare tutti e di subordinare tutto a ragioni di opportunità e di convenienza. Evidentemente, i tempi non erano maturi per le odierne agitazioni agricole a base di socialismo campestre; e al Governo bastava per allora limitarsi a guadagnare l'ambiente parlamentare e a non suscitare difficoltà che urtassero contro il principio dell'abolizione, senza però riportare il suffragio della pubblica opinione, la quale sembrava quasi superfluo consultare vuoi da una parte vuoi dall'altra. Eppure si tratta di un dilemma. O la pubblica opinione non tenta affatto di forzar la mano al legislatore; ed allora il legislatore può seguire liberamente i suoi principî direttivi e tener ferme anche nella pratica le sue convinzioni teoriche. O la pubblica opinione è preparata e cerca d'influire sull'opera del legislatore; ed allora al legislatore altro non resta che secondarla e rendersene interprete. Ma, poichè allora la pubblica opinione non s'interessava troppo alla liquidazione del passato e all'abolizione delle servitù od usi civici di cui si tratta; deve perciò ritenersi che la meditata riforma precedesse e antivenisse inopportunamente l'avvenire?

Senza dubbio il legislatore precedette l'avvenire, appunto perchè l'opera sua deve anche essere opera di prevenzione; ma non è però detto per questo che fosse inopportuna o ingiustificata o comunque precoce quella di liquidare il passato degli usi civici. Lo spirito di modernità era quello che metteva in guardia il nostro legislatore civile e gli faceva comprendere come uno stato di cose di sì deplorevole e promiscua confusione negli usi e godimenti di un fondo non avrebbe potuto protrarsi più a lungo, poichè guastava nella sua radice l'istituto così semplice della proprietà e del pos-

Digitized by Google

sesso, quale ci è stato tramandato dalle antiche dottrine giuridiche di Roma attraverso il periodo feudale e con una serie di esplicazioni dell'attività cittadina contro la proprietà feudale; come se la proprietà feudale avesse il pregio di assorbire in sè e nelle sue caratteristiche tutte quante le specie e le manifestazioni della proprietà, anche nel campo del puro diritto civile. La proprietà, è vero, nel periodo feudale fu legata intimamente al concetto di sovranità politica; ma questo legame non importa che la proprietà non possa concepirsi oggi all'infuori del concetto di sovranità politica, nè quando è attribuita a privati nè quando è attribuita o vincolata a persone collettive. I Comuni e le utenze collettive del diritto di pascolo sul fondo del feudatario, cambiati i tempi, vogliono considerarsi sotto il loro vero punto di vista in diritto civile: non sono più strappi contro la sovranità feudale sulla terra, ma sono o almeno possono essere diritti civili consolidati dal possesso e atti ad assumere forma di legalità nel diritto civile dove possono restare anche senza nessun concetto di reazione municipale contro il dominio del feudatario sulla terra. Perciò è sempre indispensabile ricostituire la storia retrospettiva di questi rapporti per determinare se veramente vi fu tempo in cui quelli, anche sorti da abusi e da reazioni politiche in periodo feudale, vennero ad acquistare contenuto giuridico nel diritto civile: e i rapporti stessi si possono seguire poi attraverso i tempi sin nell'epoca moderna, fino nel periodo attuale. Soprattutto i dati desunti dall'esercizio del diritto stesso ci potranno illuminare sulla natura e sul contenuto di esso; la massima che *ex facto oritur ius* essendo di antichità ben constatata e sicura.

Soltanto i fatti i quali cadono sotto l'osservazione del giureconsulto, a questo riguardo, debbono essere apprezzati al loro giusto valore, per giudicare se siansi costituiti mediante un procedimento abusivo, oppure se trovino la loro base in uno stato di cose legittimo e lontano da abusi o da corruzione. Che la facoltà di esercizio fosse stata accordata dapprincipio a titolo puramente precario, del resto, non è argomento concludente; allorchè l'esercizio posteriore ha convertito il precario stesso in un diritto vero e proprio, in

Digitized by Google

una serie non interrotta di atti legittimi forniti per il lungo uso di tutti i caratteri che sono proprii di una vera pretesa giuridica e che presentano un contenuto apprezzabile giuridicamente. Seguire però un tale esercizio attraverso ai vari periodi della storia non vuol'essere cosa abbastanza agevole da potersi sperare di condurla a termine sempre con buon risultato: gli ostacoli frapponentisi ad una tale ricerca sono di mille specie, attraverso alla storia degli istituti giuridici e del loro svolgimento. Molte facoltà manifestatesi dapprima timidamente sotto le forme di una semplice tolleranza, man mano si sono sempre più rafforzate e rese audaci per l'acquiescenza di chi in origine ne tollerava soltanto l'esercizio per riguardo di buona vicinanza oppure per trascuratezza di ricorrere ai mezzi legali coercitivi. Di questi esercizi, nella loro ultima fase, o fase giuridica, sarebbe impossibile, per quanto grande sia lo sforzo di ricostituzione, avere o determinare il titolo costitutivo; dal momento che questo non vi fu mai per non essersi mai posta in iscritto alcuna dichiarazione unilaterale o bilaterale tendente alla costituzione di un rapporto obbligatorio, che oltrepassasse cioè i termini di una semplice concessione graziosa a titolo precario.

Questa riflessione circa la mancanza di titolo nella maggior parte dei casi starebbe pertanto a giustificare, d'altra parte, la opportunità d'una legge speciale di sistemazione generale, e, per così dire, di liquidazione di tutto quanto il passato. Una legge di questa specie potrà egualmente ed equamente proteggere tutti quanti gli interessi legittimi delle varie parti, oppure dovrà tagliar corto e danneggiare interessi minori per dar tutela e accordare prevalenza agli interessi maggiori? In questo come in molti altri casi consimili gli interessi maggiori propriamente non vi sono ma s'immaginano; o, se vi sono, non sono tali da richiedere il sacrifizio d'interessi minori; inquantochè degli uni e degli altri non si possa tentare ed ottenere una conciliazione sul terreno del diritto privato.

Prima di giungere a questo risultato è di stretto obbligo dimostrare l'impossibilità di un contemperamento dei diritti stessi sotto il punto di vista patrimoniale e pratico: conviene mettersi di buona voglia ad eliminare i conflitti tra

Digitized by Google

la proprietà e le utenze, cercando di evitare bruschi rivolgimenti economici e non avendo di mira un vero e proprio riordinamento del sistema tutto della proprietà e della distribuzione di essa. Tra la proprietà, diritto pieno e universale sulla proprietà, e il pascolo per uso civico o non civico sulla proprietà stessa non vi può, non vi dev'essere contraddizione vera, sostanziale: e cioè, anche ammesso che il pascolo sia la principale risorsa del fondo, i due diritti sono sempre ben diversi l'uno dall'altro e tra entrambi corre un rapporto di possibile contemporaneità e non di contrasto nè di opposizione comecchessia, più che non corra in ogni altro caso di servitù prediale, malgrado la quale il diritto del proprietario resta integro ed invariato e non subisce alterazione giuridica. D'altro canto, se l'interesse all'esercizio di un diritto di pascolo sopra un determinato fondo è così generale e così diretto, da richiedere che il fondo sia messo intieramente a disposizione dell'utente e sottratto ad ogni ingerenza del proprietario; in tal caso, teoricamente ma anche praticamente parlando, la via più indicata sarebbe quella dell'espropriazione per pubblica utilità.

Ma, oltrechè non sempre e neppure nel maggior numero dei casi l'utente del pascipascolo ha interesse di far suo proprio il fondo sul quale il pascolo si esercita; se si tratta della città, vi sono anche ostacoli d'indole amministrativa, non essendo conveniente che il municipio acquisti la proprietà di beni stabili, quando ha altri mezzi per trarne e farne trarre ai cittadini quell'utilità che se ne ripromettono per le loro gregge. Tuttociò non serve ad altro che a dimostrare come il diritto non debba in alcun modo eccedere nella sistemazione del rapporto di pascolo e non debba sostituirsi alla consuetudine dei luoghi, e molto meno al titolo, allorchè dall'una o dall'altro si possa desumere la vera natura del rapporto giuridico di cui si tratta. L'intenzione delle parti o la lunga consuetudine è un elemento sostanziale e sufficiente, quando si riesce a raccoglierne le prove o gli elementi costitutivi: e non conviene, per dare una soluzione uniforme ovunque o per risparmiar la fatica della ricerca delle prove, attenersi ad un sistema falso o errato e su quello ricamare tutta una serie di soluzioni e di regole

Digitized by Google

giuridiche nelle quali noi non possiamo riconoscere un valore così universale e così adattabile alla diversità dei luoghi. Si fa presto a dire: si aboliscano completamente gli usi civici o le servitù di pascolo, perchè i tempi non li comportano; sorge l'obbiezione capitale desunta dall'impossibilità di adattare certi territori a coltura intensiva o di usarne in modo diverso dal pascolo. E così si fa altrettanto presto a dire: conserviamo gli usi civici e le servitù di pascolo; le idee più recenti sulla libertà dei fondi e sulla coltura intensiva e sulla inciviltà di vincoli perpetui sopra i fondi stessi sorgono formidabili, appoggiate dalle odierne teorie dei socialisti.

Così è del pari pericolosa l'una e l'altra soluzione; sia che suoni conservazione completa, sia che suoni abolizione assoluta di queste servitù o di questi usi civici, prima di aver cercato la soluzione del caso pratico cogli elementi che il caso stesso offre, considerato coi generali criteri di cui ci serviremmo per decifrare ogni altra figura giuridica. Non è neppure permesso di abbandonarsi alla fantasia di presunzioni più o meno gratuite sull'origine feudale, e, comunque, abusiva, di tali servitù o di tali usi in generale; qui non si tratta di presumer nulla. Anche quando ci manca la guida del titolo o della lunga osservanza, noi non presumiamo già; ma tendiamo invece ad accordare la prevalenza a criteri d'ordine generale e a trasformare il rapporto dal diritto privato verso il diritto pubblico, appunto perchè non risulta niente di concreto e di attendibile circa il rapporto privato e non si può dar corpo alle ombre. E, una volta trasformato o modificato il rapporto dal diritto privato verso il diritto pubblico, allora è possibile applicare talune norme d'indole generale, estendendole da caso a caso, anzi appropriandole a tutti i casi, pei quali non si possa avere una norma di decidere desumibile dai rapporti privati, dalle private convenzioni o dalle consuetudini dei luoghi. Ma, se ben si considera, il pericolo di cadere nel preconcetto assoluto o nel falso giustifica molto bene lo sforzo di cercare una soluzione nel campo del diritto privato, di cercare il titolo, di impadronirsi della consuetudine. Gli archivi locali, sì dei municipi come degli antichi tabellioni e delle

Digitized by Google

famiglie più cospicue per censo potrebbero dare molti lumi, se non sempre in riguardo ad un determinato territorio, certo in ordine al modo come nella regione si era soliti a costituire rapporti di questa specie: qui soltanto può sorgere una specie di presunzione che anche gli altri rapporti stretti presso a poco nella stessa epoca e di cui non si conosce il contenuto nè si possiedono i titoli, siano modellati sullo stesso stampo. Ma qui, se ben si guarda, non si tratta tanto di presunzione, quanto piuttosto di consuetudine locale: poichè non vi è ragione di escludere, se non consta dallo scritto o dal fatto, che quei due che hanno contratto un rapporto di servitù di pascolo, lo abbiano fatto in modo diverso e ispirandosi a criteri o a scopi diversi da quelli ai quali risulta essersi ispirati gli altri in quella medesima località o zona di territorio alla quale si riferiscono i rapporti conosciuti.

Veramente, la consuetudine non è la stessa cosa del titolo scritto: e anche sulla consuetudine, sotto colore di accomodarsi alle cambiate esigenze dei tempi e condizioni di ambiente, potrebbe sovrapporsi il rapporto di diritto pubblico e la considerazione dell'utilità del paese; e questa soluzione potrebbe essere approvata da molti di coloro i quali oggi accarezzano il concetto che la distribuzione della proprietà (massime immobiliare) sia di spettanza dello Stato per i poteri discrezionali e direttivi che esso ha in seno alla società tutta quanta. Questi stessi poteri si pretendono attribuiti allo Stato anche per giustificare eventuali intromissioni sue nell'ordine della famiglia o negli affari esclusivamente privati e nelle faccende contrattuali: perlochè si viene a legalizzare una tirannide di Stato, che non rappresenta certo un progresso nella vita della società e che produce le reazioni più fiere di anarchismo e di individualismo. In tali condizioni di cose, allorchè nessuna parte dell'attività privata può conservarsi immune dall'ingerenza dello Stato, sol perchè lo Stato ha in mano la forza e crede di avere in mano con la forza anche il diritto, resta però sempre il modo di eludere la legge disinteressando chiunque a reclamare contro una condizione di cose che contravvenga ai provvedimenti statuali: ecco come si spiega il rigore e la severità delle sanzioni e l'istituzione delle azioni popolari al

Digitized by Google

riguardo e quella rete di disposizioni che sembra provvedere a tutto e tutto prevedere, dall'arbitrato obbligatorio alla attribuzione delle indennità ai Comuni.

Sembra che con pochi tratti di penna si possa liquidare un passato più volte secolare; ma in fatto le difficoltà di ottenere l'intento, come l'esperienza ha ormai insegnato, sono state maggiori delle speranze riposte sull'azione della legge, la quale è tanto meno efficace e soggetta a violazioni, quanto più circondata da divieti e da sanzioni punitive sproporzionate alla gravità di una contravvenzione, in sè stessa. Non sarebbe stato nè inutile nè fuor di proposito attendere alla esplorazione della volontà delle parti interessate, per ogni singolo caso, o delle rispettive rappresentanze legittime: e su questa esplorazione ingegnarsi nel determinare il rapporto, in via di pura interpretazione di lunghe consuetudini oppure anche in via di nuova convenzione aggiuntrice o liquidatrice del passato. La qual cosa sembrerebbe già senz'altro condurre all'approvazione del sistema degli arbitrati e alla competenza delle Giunte d'arbitri e a quella procedura che già fu tracciata ma dalla quale apparisce ad ogni modo l'indole contenziosa e la procedura del contraddittorio. Secondo le vigenti disposizioni la Giunta non provvede se non quando la sua azione è eccitata o provocata da una delle parti; non ha attribuzioni che possa esercitare di sua iniziativa, come se fosse una Commissione di stralcio o di liquidazione, ma dev'essere stimolata dall'azione di una delle parti interessate e deve svolgersi con un procedimento regolare e contenzioso. Ma in tal caso si potrebbe domandare come e perchè siasi disposto che le parti ricorrano sempre al ministero degli arbitri e non possano mai adire la magistratura ordinaria.

Non è certo la difficoltà delle questioni da risolvere la ragione che può avere influito per stabilire una simile competenza speciale; perchè molte altre questioni ed anche di maggiore importanza sono state affidate al magistrato ordinario, senza avvertire punto la necessità d'una magistratura speciale o l'opportunità di un arbitraggio, senza derogare alle norme generali e alle competenze ordinarie. Ciò posto, non rimane che riconoscere come il legislatore abbia diffi-

Digitized by Google

dato della competenza delle Autorità giudiziarie ordinarie, in rapporto coll'oggetto e colla natura del diritto controverso o che può cadere in controversia: diffidenza che forse si deve all'opinione che per informarsi dello stato del quesito e delle relative consuetudini locali convenga essere del luogo o aver vissuto a lungo sul luogo stesso. Eppure sono mille e mille i casi di controversie che richiedono la conoscenza dei luoghi o la constatazione delle consuetudini; ed in simili casi si provvede ad instruire il procedimento giudiziario mercè l'opera di periti che possono adibirsi e che possono portare il contributo delle loro speciali cognizioni sulla materia di controversia. Ed anche non sarebbe fuor di luogo che in tali casi all'Autorità giudiziaria ordinaria si facesse obbligo d'introdurre nella propria procedura la richiesta del parere al Consiglio municipale o al Consiglio provinciale competente sotto il punto di vista territoriale, facendo obbligo a loro volta a questi corpi amministrativi di procurare che consti chiaramente lo stato delle consuetudini locali ed anche forse che ne consti per mezzo di opportuni estratti dagli archivi storici del Comune, se il Comune possiede archivio storico. Ma delle due l'una: o si converte la Giunta d'arbitri in un vero e proprio comitato di stralcio o di liquidazione, che s'incarichi per sua propria attribuzione di sistemare i pascoli del rispettivo territorio determinando i diritti degli utenti e salvaguardando, ove occorre, il diritto del proprietario o proprietari del terreno o terreni sottoposti a tali usi o servitù; oppure s'intende solo che si provveda in caso di contestazione tra le parti interessate, ed allora non v'è ragione di sorta per sottrarre all'Autorità giudiziaria la pienezza delle sue attribuzioni anche a questo riguardo o per devolvere le attribuzioni stesse ad una magistratura speciale, sia pure sotto forma di arbitrato obbligatorio ma sempre in via prettamente contenziosa e senza l'iniziativa della magistratura stessa contro o a seconda degli interessi dei privati o degli enti pubblici o collettivi di cui si tratta.

L'arbitrato obbligatorio è un concetto che cozza addirittura colle maggiori regole della procedura e che altera le basi della logica giudiziaria tutta; tanto più quando l'ar-

Digitized by Google

bitrato stesso escluda ogni ingerenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria, neppure sotto forma di ricorso. Del resto vi sono molte altre controversie le quali attengono allo stato e condizione dei territori, e forse più fortemente, più direttamente che non siano o non possano essere le controversie relative al pascipascolo: vi sono, p. e., tutte le contestazioni relative alle acque ed ai corsi delle acque; e queste contestazioni richiedono gran conoscenza dei luoghi ed esame diretto sul territorio, e richiedono pure non di rado la conoscenza di consuetudini o di usi antichi nei luoghi stessi. Eppure, se non si crea una speciale magistratura delle acque con incarico di eliminare anche le controversie tra i privati in materia di corsi di acque, non vi è alcuna disposizione che sottragga queste controversie alla magistratura ordinaria: la si farà forse in seguito, ma per ora non vi è alcuna deroga alla competenza ordinaria, poichè il magistrato può sempre, sulla scorta di contrarie perizie idrauliche e sulla constatazione fatta delle consuetudini locali, nei modi consueti, provvedere alla eliminazione di ogni dubbio e alla soluzione di ogni controversia in materia, per quanto la controversia stessa possa essere delicata o difficile.

59. La Commissione parlamentare fece una seconda controproposta, diretta questa contro il secondo progetto ministeriale: e questo secondo progetto ebbe a relatore lo stesso deputato agrario Zucconi della prima volta. Nella relazione si osservava che le principali differenze tra questo controprogetto e il progetto ministeriale consistono in due punti: primo che, mentre nel disegno ministeriale si aboliscono tutte le servitù di pascolo, legnatico, erbatico e fida in genere, attribuendo alle amministrazioni comunali il disporre delle indennità di corrispettivo, invece nel controprogetto si mantengono di regola questi usi nell'impossibilità di una migliore utilizzazione del fondo; secondo che si ripudia il concetto ministeriale di rendere sempre arbitri i Comuni nel disporre circa la devoluzione delle indennità. Perciò questo controprogetto toglie ancora una volta la fissazione di un'epoca determinata, a decorrere dalla quale l'esercizio di questi diritti dovrebbe ritenersi come violatore della proprietà; senza pre-

Digitized by Google

occuparsi del contrasto con le vecchie disposizioni vigenti in Sardegna per l'abolizione degli ademprivi e dei diritti di cussorgia e delle altre vigenti nelle provincie di Belluno, Udine e Vicenza per l'abolizione dei diritti di erbatico e di pascolo. Si riproponeva integralmente l'eccezione al concetto abolitivo per i casi speciali indicati nel secondo progetto ministeriale ed anche la priorità di grado per l'ipoteca accordata a garanzia del canone. Si variava ancora una volta la composizione della Giunta d'arbitri, sostituendo ad uno dei consiglieri provinciali un consigliere di prefettura o sottoprefetto; pure accettando le richieste ministeriali circa la inappellabilità delle decisioni della Giunta. In ciò si può sorprendere una contraddizione tra il primo e il secondo controprogetto: poichè nel primo controprogetto lo stesso relatore affermava la disputa sulla determinazione della servitù essere tanto importante quanto quella relativa all'estensione della servitù stessa su tutto un fondo o su parte di esso o quella relativa alla liquidazione dell'indennità; aggiungendo parer cosa strana che l'appello si accordasse in un caso e non nell'altro. Questa contraddizione dimostra tutta l'incertezza dei principî in chi brancola nel vuoto per trovare una soluzione purchessia, e magari una via d'uscita la quale riesca a contentare più correnti ad un tempo. In sostanza però, per lo meno, non si riesce a spiegare perchè e il Ministro e la Commissione parlamentare avessero tanta preoccupazione di un taglio decisivo e rapido di queste controversie, quasichè dar loro il corso regolare delle altre controversie avesse dovuto o potuto arrecare un grave pregiudizio o danno ai servizi pubblici o all'andamento agricolo o all'economia generale del paese. O che forse si trattava ancora una volta di diffidenza nell'Autorità giudiziaria ordinaria; quasichè questa non fosse stata buona ad applicare il nuovo diritto speciale, oppure avesse manifestato una soverchia tendenza di abitudine nel tener fermi i principî generali di diritto sanciti dal Codice? Tali domande racchiudono altrettante incognite; e noi non vorremmo dire una psicopatia speciale dei legislatori, quantunque neppur questi vadano immuni dai difetti umani, dalle influenze suggestive dell'ambiente e talvolta perfino dalla tirannica penetrazione

Digitized by Google

della moda. Una cosa però ci sembra di poter ritenere: che cioè non si è avuto il concetto esatto dell'importanza e della specie di attribuzioni affidate a questa Giunta d'arbitri. Certo, questa Giunta non ha attribuzioni nè soltanto nè in pravalenza amministrative, così da assorbire le attribuzioni contenziose che ne costituiscono il principale contenuto: quando si parla di arbitrato, e sia pure di arbitrato obbligatorio, non si possono demolire le basi del procedimento, non si può prescindere dall'ordinamento generale giudiziario; poichè nell'ipotesi dell'arbitrato non si fa se non sostituire il magistrato scelto dalle parti al magistrato pubblico che funziona per autorità direttamente conferitagli dallo Stato. È vero che anche all'arbitrato, quando si tiene nei termini delle leggi ordinarie di rito, la legge conferisce autorità come se le sue decisioni fossero emanate dal magistrato pubblico, e la corrispondente forza esecutiva; ma d'altro canto si sa che l'avere affidato sistematicamente a giudici privati la soluzione di controversie civili dimostra non troppa fiducia nell'opera degli organi dello Stato nell'ordine giudiziario.

Però, se non vi è espressa rinuncia all'appello, se non si fanno decorrere i termini utili a produrlo, non si può ritenere che il solo fatto dell'avere dapprima affidato la controversia all'arbitraggio privi i contraenti del beneficio del secondo grado di giurisdizione, quale è stabilito nel nostro ordinamento procedurale in materia civile. Se questo secondo grado di giurisdizione è una delle maggiori garanzie del contenzioso, come si può derogarvi sol perchè si tratta di una controversia sulla quale fino ad un certo punto, e non si sa davvero per quale motivo, preme al legislatore di tagliar corto con una sistemazione definitiva e netta? Anzi, sembrerebbe che la gravità del provvedimento da prendere dovesse consigliare una ponderazione maggiore e l'esaurimento di tutte quante le garanzie procedurali, di quelle specialmente che non attengono alla pura forma, ma hanno tratto alla decisione effettiva della controversia tra le parti contendenti. Vero è che il Cod. di proc. civ., all'articolo 28, dichiara eccezionalmente inappellabili le sentenze arbitrali, allorchè gli arbitri sono stati autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori, ma questa qualità di

Digitized by Google

amichevoli compositori, nel caso nostro, assolutamente manca. Prima di tutto la competenza arbitrale è stabilita dalla legge obbligatoriamente e le parti, neppure volendolo con ogni più saldo proposito, non potrebbero sottrarvisi : ora, come può ritenersi investito delle attribuzioni di amichevole compositore un organo arbitrale reso obbligatorio dalla legge ? È vero che nel primo controprogetto della Commissione parlamentare si disse provvedere gli arbitri della Giunta come amichevoli compositori, e che questo concetto della composizione amichevole si può ritenere come persistente anche nel secondo controprogetto. Ma non si giunge a comprendere come la qualifica e la funzione di amichevole composizione possano essere conferite diversamente fuorchè per volontà delle parti interessate ad ottenere l'amichevole composizione; poichè, quando la composizione è forzata, dessa certamente non è più amichevole, essendo il concetto di composizione amichevole implicitamente annesso al desiderio manifestato da ambe le parti di ottenere una soluzione amichevole. Solo che il legislatore renda indispensabile una tale soluzione, non si tratta più di composizione amichevole, perchè la composizione è imposta e resa obbligatoria dalla legge. È un fatto d'inutile violenza legislativa sulla volontà delle parti; violenza che non si perita di turbare l'ordine procedurale costituito e che pare tolga pretesto dall'avversione ad uno stato di fatto che si vuol ritenere precario o transitorio, per derogare a quelle che sono e costituiscono le garanzie generali del cittadino in materia di controversie giudiziarie. Se il legislatore con un tratto di penna può cancellare delle garanzie così ormai acquisite al viver civile da sembrare quasi naturali ; non per questo egli deve abusare della grande possibilità che ha di violare in qualche caso pratico i principî giuridici, quasi per null'altro che per la velleità di poterlo fare e per la voluttà di perturbare gli ordini e le garanzie universali. D'altra parte, le declamazioni contro il contenzioso amministrativo a che cosa potrebbero avere approdato, allorchè non si tralasciasse l'occasione più inopportuna e meno adatta per costituire una giurisdizione eccezionale, che è puramente amministrativa ed in cui bene spesso la stessa pubblica amministrazione è parte interes-

Digitized by Google

sata nei suoi organismi municipali? E poi, per giunta, qui si crea una situazione anche più cattiva che quella non sia del contenzioso amministrativo, perchè in questo vi sono almeno gradi diversi di giurisdizione, che nel caso presente mancherebbero; mentre non v'ha procedura che, senza la rinunzia delle parti (espressa o implicita allorchè si dichiara che gli arbitri debbano procedere come amichevoli compositori), non importi la possibilità del ricorso in grado d'appello sempre in sede di merito. Questa novità che altera e trasforma le basi tutte dell'ordinamento giudiziario non è giustificata da alcuna ragione giuridica: forse vi sarà qualche pretesa ragione di opportunità, ma le ragioni di opportunità non sono sufficienti nè atte a scalzare un principio giuridico antico quanto gli ordinamenti della giustizia e fondato su norme inalterabili di ragione. Oltre a ciò converrebbe ammettere l'infallibilità della Giunta d'arbitri nei suoi giudizi intorno al merito, tanto da investirla della conoscenza di ogni controversia in materia di usi civici o di servitù di pascipascolo inappellabilmente, in prima, unica ed ultima istanza: e ciò per virtù di legge, non per volontà di parte! La Giunta è dunque la panacea universale, il toccasana, il rimedio di tutti gli abusi, lo strumento unico atto a dipanare l'intricata matassa del vecchio regime e a ridonare quasi una nuova vita alle proprietà agricole, sulle quali si è lamentato, con molta esagerazione, il tarlo roditore degli usi medievali in fatto di pascolo. Eppure, in fondo gli usi medievali di pascolo, per quanto imperfettamente organizzati sotto il punto di vista giuridico, hanno pur dato dei risultati economici i quali storicamente hanno salvato delle intiere popolazioni rurali dalla fame e dall'indigenza. Non si è abituati a considerare la pastorizia medievale come uno strappo ai diritti ferrei del feudatario laico o del convento: ed è male che i documenti non ci diano tanto da poterne ricavare tutto il bene che nei tempi decorsi il sistema dei pascoli collettivi o degli usi civici di pascolo ha potuto arrecare alle piccole comunanze agricole, in epoche nelle quali i territori erano sovente devastati da incursioni barbariche le quali ne danneggiavano seriamente la produttività. Furono queste usurpazioni contro il diritto di proprietà?

Digitized by Google

Ebbene, avvertano gli umanitari e gli stessi socialisti moderni, che, se usurpazione vi fu, l'usurpazione fu perpetrata dagli *humiliores* contro i *potentiores*, e quindi si presentò sotto un aspetto simpatico e tale da eliminarne, tanto più secondo il punto di vista di queste dottrine, ogni origine veramente impura degli usi civici o rustici di pascere sul terreno altrui, e, più specialmente allora, sul terreno del feudatario o della Chiesa o del convento. Strappare il più piccolo lembo del manto feudale che ricoprisse della sua predominante influenza un pezzo di terra, senza preoccuparsi altrimenti di curarne o migliorarne la produttività e stabilirvisi e condurvi le pecore a pascolare, sia pure in via di semplice tolleranza, doveva costituire già un certo successo e un non dispregievole avviamento verso la trasformazione della proprietà, così come dapprincipio essa era ordinata, all'ordinamento nuovo, fatto a fine della migliore utilizzazione e del più proficuo sfruttamento delle energie naturali. Si noti che questi usi civici o popolari potevano essere tanto più facili, quanto più i territori dei feudi erano estesi o scoscesi o montuosi, e quanto più pertanto poteva essere malagevole per un feudatario il vegliarne e custodirne tutta l'estensione. Del resto la legge d'equilibrio è, per così dire, naturale: più la coltura è trascurata ossia meno essa è intensiva, e più la pastorizia trae sviluppo ed ha campo di esplicare le sue umili e secondarie utilità: e, a sua volta, più è trascurata la pastorizia, e più si sente il bisogno di utilizzare il suolo colla coltura intensiva. La pastorizia rappresenta quindi una vera pagina, per così dire, di psicologia e di sociologia feudale applicata ai territori: in essa più vivamente batteva il cuore della ribellione delle masse agricole. Eppure, come già lamentammo, a noi non è dato di penetrare in questo dramma di tutti i giorni e di tutte le ore; non ci è dato di rimuovere il velo che nasconde gli eroismi del pastore e le sue lotte ingloriose quanto faticose per la conquista del pane quotidiano contro la ragione della legge e la ragione della forza; nè ci è dato di penetrare i sottili accorgimenti e la vita paurosa dei pastori, che attraverso l'idillio o la georgica dei poeti classici. Per farsi un'idea dei bisogni e dello stato economico di queste popolazioni

Digitized by Google

converrebbe penetrare in mezzo ad esse, abbandonando l'ambiente corrotto dal lusso cittadino e guasto dagli agi e dalle mollezze dei nostri grandi centri: trasportarsi nelle arie salubri dei monti e delle valli, vivere una vita che a noi sembra di gravi stenti ma che è pure tollerabile nella sana povertà di chi si contenta delle piccole risorse. In quell'ambiente, saturo di salute e di semplicità, lo stesso operaio dei nostri grandi stabilimenti industriali dapprima sembrerebbe trovarsi a disagio, ma poi finirebbe col sentirsi più libero, più buono e coll'ingegno più industre nello strappare alla terra infeconda l'alimento per le gregge ordinate alla riproduzione ed all'alimento. Ed allora tutti vedrebbero, dallo scienziato all'operaio, che la vita pastorale in certe zone di territorio è pure una necessità ed è anche un bene, un'istituzione assai utile e assai opportuna e la quale non può del tutto sopprimersi, siccome quella che risponde ad un bisogno naturale e sociale delle classi più civili. Ai giorni nostri, allargati gli orrizzonti industriali, anche la pastorizia è soggetta alle grandi trasformazioni degli stabilimenti a base grandiosa: vi è soggetta, beninteso, nei suoi prodotti direttamente; ma quest'azione tutta moderna sui prodotti si riverbera anche naturalmente sulla pastura del gregge. Il pastore non porta più al mercato, egli stesso, i suoi prodotti: ma il grosso industriale viene a lui e gl'impone dei metodi di pascolo più razionali, per le gregge affidate alle sue cure; ed egli finisce col divenire il semplice custode del gregge, senza godere più di quella sovrana disponibilità delle proprie azioni, che l'aria libera dei campi fa desiderare a lui. Ma, purchè si uniformi alle esigenze dell'industriale, a lui resta per lo meno la scelta del metodo di custodia e di pascolo.

Il controprogetto istituisce gli elenchi delle servitù e dei fondi che vi sono sottoposti; affidandone la compilazione ai sindaci dei rispettivi territori. Ai sindaci poi si conferisce anche l'incarico di convocare gli utenti, perchè questi procedano alla nomina di tre commissari, i quali, nel termine di quindici giorni dalla loro stessa nomina, presentino al presidente della Giunta d'arbitri istanza per la liquidazione ed assegnazione delle indennità: di cui, una volta liquidate,

Digitized by Google

spetta all'assemblea degli utenti deliberare il modo di godimento e il criterio di riparto. Come si vede, anche qui il procedimento avrebbe dovuto essere sbrigativo e sommario. Quanto agli elenchi, non è detto nel controprogetto quale debba essere e quanta la forza probante di essi; e noi del resto conosciamo per esperienza le imperfezioni di questi elenchi redatti dagli uffici comunali, come imperfetti, ad es., sono gli elenchi delle strade vicinali, sul cui valore si contrasta anche oggi. Del resto, se questi elenchi fossero fatti o si potessero fare coscienziosamente, già si sarebbe conseguito per gran parte, anzi per grandissima parte, l'intento di sistemare siffatti usi, talchè poi non potrebbe più sorgere dubbio fondato circa la legittimità degli usi stessi e si avrebbe così il principio di una sistemazione definitiva e inalterabile.

Difatti non è detto che sono ammessi reclami contro la compilazione di questi elenchi; e, anche se si dovesse esplicare il principio generale che ogni atto dell'amministrazione comunale è passibile di reclamo per le vie gerarchiche, non vi sarebbero se non puri e semplici reclami in via amministrativa. Per compilare questi elenchi, evidentemente, oltre al parere e alla perizia di persone tecniche le quali si rechino sopra luogo e prendano cognizione della natura e qualità dei fondi, occorre anche l'opera dello storico il quale sappia ricostruire i fatti e risalire alle origini degli usi stessi, al loro primo sorgere e svilupparsi in quella data zona di territorio, alla quale si riferiscono le ricerche e alla quale deve riferirsi la sistemazione giuridica in tutti gli aspetti sotto i quali si presentano queste utenze e questi diritti. O gli elenchi hanno un valore completo, ed allora la loro forza è decisiva e completa in questa materia; o hanno un valore soltanto relativo, ed allora è poco utile ordinarne la compilazione: tutto dunque si riduce al valore probatorio di essi e alla loro importanza obbligatoria decisiva, tenute presenti le difficoltà dei luoghi e delle ricerche documentali. Ma qual valore probatorio potrà annettersi a simili elenchi? Non certo un valore decisivo, poichè nè il progetto ammette tanto, nè tanto sarebbe ragionevole o conveniente in ogni caso: dunque il valore di questi elenchi sarà quale ad

Digitized by Google

essi vorrà accordare la Giunta d'arbitri, magari prendendo in novello esame lo stato delle cose e il rapporto speciale d'uso e adottando criteri pratici alquanto diversi da quelli adottati dai sindaci. Che questi poi fossero incaricati anche di convocare gli utenti per procedere alla nomina di tre commissari per promuovere la liquidazione dinanzi alla Giunta stessa, è circostanza la quale non influisce punto sul valore degli elenchi; nel senso che non significa accettazione e ratifica degli elenchi stessi da parte dell'assemblea degli utenti, della quale non è detto affatto che debba prendere in esame gli elenchi stessi. E neppure il fatto che gli elenchi suddetti debbano essere approvati da una qualsiasi Autorità tutoria o governativa importa aumento di valore probatorio o qualifica speciale di valore probatorio negli elenchi stessi: talchè, p. e., contro di quelli non sia ammessa una perizia tecnica o non sia dato ricercare nella consuetudine dei tempi decorsi, o forse non sia ammesso interrogare i seniori del popolo e fare appello ai ricordi della loro prima età. Si vede bene che ogni tentativo di sistemazione in un materiale disorganizzato, per quanto organico e organizzabile, merita la più ampia lode; ma per certo l'organizzazione non dev'essere forzata o fittizia, mentre deve risultare dall'insieme dei dati di fatto che si prestano ad un lavoro sintetico e ricostruttivo.

Che se la prova dell'esistenza di tali usi civici è difficile e claudicante, questa difficoltà verrà alla luce e s'imporrà non solo in un giudizio o in una sede qualsiasi di liquidazione nel caso particolare, ma anche e non meno nella compilazione di simili elenchi generali: con questo che, ammesso il sistema degli elenchi, la difficoltà che si presenta per la loro compilazione si riproduce più tardi, allorchè si tratta di dirimere ogni singola controversia per simili usi. Non si dice dunque in verun caso di dare cogli elenchi una specie di panacea universale, buona a tutto e adatta a tutte le soluzioni: si cerca solo di fornire un documento autorevole, che magari possa servire di guida e d'indirizzo per ogni singola ricerca e così a prima vista possa contenere una soluzione conveniente e vicina al giusto. D'altro canto, una delle ragioni per le quali tali elenchi non possono avere un gran

Digitized by Google

valore pratico si è che sono redatti da una delle parti interessate all'uso civico: o che il Comune sia esso proprietario delle terre su cui dovrebbe esplicarsi l'uso della cittadinanza, o che i cittadini *uti universitas* vantino essi un tal diritto d'uso sulle terre dei privati.

Certamente non si vorrà escludere che, per quanto si tratti di una pubblica rappresentanza, lo spirito d'interesse possa fuorviare le ricerche e condurle là dove non si dovrebbe giungere per debito d'imparzialità. I ricorsi amministrativi, del resto, non bastano allo scopo di ottenere giustizia in questioni di mio e di tuo: occorre in questo caso ricorrere proprio alla competenza del giudice o dell'arbitro che ne fa le veci, non del prefetto nè del Ministero. Questi elenchi, al più, non potrebbero avere un vero valore giudiziario tra le parti, se non quando dalle parti stesse interessate fossero stati accettati, quasi rinunziando ad ogni altra pretesa e ad ogni ulteriore contestazione sia intorno all'esistenza come intorno all'estensione e alla quantità del diritto.

Nel controprogetto non mancano le solite comminatorie contro sindaci e commissari degli utenti per inesecuzione o colposa inosservanza degli obblighi loro imposti: comminatorie che si estendono sino alla rifazione dei danni. Quanto alla notificazione pontificia, sulla cui validità in questa e nelle materie affini era sempre viva la disputa, si stabilì che la notificazione stessa rimanesse in vigore per ciò che concerne il diritto di vendere le erbe e di partecipare al prezzo delle fide e delle vendite, esercitate da privati, specialmente ex-baroni, sopra terreni comunali e particolari; dovendosi per tutto il resto ritenere siccome abrogata. Ma questo controprogetto era troppo contrario alle idee ministeriali e fu molto se ottenne di essere coronato con un ordine del giorno della Camera, nel quale, facendosi voto di una prossima inchiesta amministrativa sulle comunanze, partecipanze ed università rurali esistenti nell'ex-Stato pontificio e nell'Emilia, si chiedeva al Governo di presentare in un progetto apposito di legge le norme generali per l'esistenza, l'esercizio e lo scioglimento dei dominii collettivi compatibilmente cogli interessi della selvicoltura e dell'agricoltura. Non si era dunque studiato abbastanza, nè si avevano

Digitized by Google

idee chiare! Progetti e controprogetti passavano dunque senza guadagnare l'approvazione del potere legislativo. E almeno si fossero accettati alcuni criteri di massima circa l'abolizione o la conservazione della servitù di pascolo, collettivo o no; ma, in fondo, si lasciava la questione impregiudicata con una più che sincera confessione d'insipienza od impotenza. Le norme generali che s'invocavano non avrebbero potuto essere, che per l'abolizione totale o per la conservazione totale, oppure per la conservazione nelle zone montuose (compatibilmente cogli interessi della selvicoltura) e per l'abolizione nelle zone più feraci e meno improduttive? Non doveva la stessa Camera dei deputati designare essa al Governo i criteri ai quali si dovesse ispirare il futuro progetto di legge? Ma se il Governo e la Commissione parlamentare non avevano ancora potuto adempiere a quest'ufficio, era forse da aspettarsi che potessero o possano adempiervi per l'avvenire? Oltre a ciò la materia importantissima degli elenchi non avrebbe dovuto lasciarsi così senz'altro *ex lege*, senza una determinazione speciale di criteri da adottarsi per la compilazione di simili elenchi e lasciando tutto all'arbitrio e al criterio dei sindaci o loro cooperatori. I criteri da adottarsi dovrebbero del resto esser tali da esaurire completamente tutta la materia, da eliminare tutte le contestazioni, da rilevare lo stato di fatto in quanto esso stato di fatto può esser fonte di diritti: questi criteri dal legislatore non possono essere completamente abbandonati, nè un legislatore può rinunziare a determinarli, almeno nelle linee generali, sol perchè vi sia difficoltà grande di cogliere nel segno in via di massima generale. Naturalmente, una semplice ispezione sopra luogo per una volta sola e neppure una serie d'ispezioni saltuarie potrà bastare per rilevare con esattezza lo stato di fatto riguardo a tali usi e le circostanze che l'accompagnano: in molti casi sarà indispensabile ricorrere alla memoria e alla testimonianza dei seniori del luogo e dei vicini i quali necessariamente da molto tempo debbono avere osservato quello che accadeva sui fondi vicini alla loro dimora e debbono aver raccolto dalla pubblica voce le informazioni e le notizie più concrete al riguardo, pur senza avere, anzi non avendo, un interesse

Digitized by Google

nè mediato nè immediato alla esistenza o inesistenza del vincolo.

Non sempre anzi è competente il sindaco o l'ufficio di segreteria comunale, quando il territorio del Comune è vasto e nelle parti sue montuose, o in quelle parti nelle quali si pretende viga il pascolo, molto lontano dal centro o capoluogo del Comune. Sono soltanto gli abitanti del luogo, i quali, raccogliendo le tradizioni dei loro padri, possono ricostruire la storia delle coltivazioni o delle utilizzazioni a pastorizia dei territori di una data zona e con questa loro ricostruzione fondar la base per un giudizio basato sul fatto ossia sull'insieme dei fatti. Di più, se la disposizione si fosse dovuta concepire come innovatrice, avrebbe fatto distinzione tra specie e specie di territori, a seconda della loro possibile attitudine alla coltivazione intensiva o alla pastorizia: e per questo non poteva certamente prescindersi dalla necessità dell'opera dei periti, i quali si recassero sopra luogo e dall'ispezione tecnica dei luoghi argomentassero l'opportunità del regime agricolo da applicarsi ai luoghi stessi. E non sarebbe strano che, ordinate e compilate queste perizie, si accordasse ad esse una certa pubblicità per dar tempo e modo agli interessati di esaminarle e di opporre le loro obbiezioni o dinanzi all'Autorità giudiziaria, o dinanzi alla Giunta d'arbitri, secondochè si volesse conservare la competenza generale o si volesse ammettere una competenza speciale per giudicare in materia di usi civici o di servitù di pascolo. Col sistema degli elenchi, invece, sembra che la pratica si voglia sempre più rinchiudere nelle reti burocratiche; tanto più perchè si sa quanto piccola parte, generalmente, i sindaci dei piccoli paesi possano avere nel contenuto degli atti sottoposti alla loro firma. D'ordinario sarebbe molto se lo stesso segretario comunale mettesse la mano direttamente nella compilazione di simili elenchi: talchè converrebbe sempre, a titolo di giustizia, render possibile agli interessati il prender cognizione di simili elenchi e il farvi con ogni miglior comodo le osservazioni che essi credessero del caso. A che serve del resto affrettare di un mese o due un lavoro di liquidazione le cui traccie e conseguenze devono rimanere perenni, allorchè non si è sicuri di far bene un tal lavoro, nè si può

Digitized by Google

sperare che i risultati corrispondano alle esigenze delle persone e dei luoghi? O perchè anzi, all'infuori di ogni pubblicazione e di ogni reclamo, gli interessati non dovrebbero essere intesi tutti e direttamente, d'obbligo; a meno che, legalmente chiamati a intervenire dinanzi ad una Commissione o ad una Giunta, fosse pure la Giunta comunale, essi non dichiarassero espressamente di rinunziarvi e di rimettersi in tutto alla pronunzia della Giunta o Commissione? Infine, a questo modo, si potrebbe sempre dire di non aver fatto sorpresa alcuna e di aver tentato le vie migliori per venire ad una soluzione concordata; e, se si verrà non volendo ad una soluzione cattiva, il proprietario o l'utente interessato per una soluzione diversa deve sempre imputare a sè stesso di aver raggiunto l'effetto contrario. Certamente, questa cautela sarebbe stata sempre cosa molto migliore delle sanzioni contro l'inesecuzione o colposa inosservanza di sindaci e di commissari degli utenti, poichè le riparazioni postume, specialmente in un ambiente dove predominano i piccoli partiti a base di persone, sono sempre fonti di malumori e di disordini, cagioni di discordie, occasioni di dissidi continui e sempre crescenti. Mille volte meglio tagliar corto prima della pronuncia definitiva di merito o dell'opera liquidatrice: tanto più che a pronunciare su tale inesecuzione o colposa inosservanza non potrebbe essere chiamata che l'Autorità giudiziaria ordinaria, e questa per riconoscere se nel caso vi è inesecuzione o colposa inosservanza, dovrebbe limitarsi all'esame del rito, senza poter toccare o riformare nel merito, il quale perciò resterebbe invariabile malgrado il risarcimento dei danni accordato alle parti lese per l'inesecuzione o l'inosservanza stessa.

60. Viene poi, per ordine di data, il terzo progetto GRIMALDI, presentato il 19 novembre 1887. In questo progetto il ministro, insistendo con molta fermezza sulle proprie idee, sosteneva l'abolizione delle servitù di pascolo, come massima generale, specialmente per l'influenza disastrosa di queste servitù sulla conservazione e sulla riproduzione delle selve. Inoltre combattette la proposta della sostituzione degli utenti ai Comuni nella devoluzione delle indennità. Osservava che

Digitized by Google

in questo caso gli utenti non erano considerati *uti singuli* (tanto vero che la proprietà non si devolveva ad essi), ma bensì erano considerati *uti cives*, accordandosi allora l'indennità per essi al Comune ossia all'ente in cui giuridicamente se ne ha la legittima rappresentanza. Difatti, se gli utenti si costituissero in ente distinto dal Comune (osservava giustamente in apparenza il ministro), sia pure agli effetti del godimento di una tale indennità, questo ente non potrebbe che comprendere gli utenti al momento della sua costituzione e non già gli utenti avvenire i quali non partecipino alla costituzione di questo ente. Aggiungeva il ministro che il nuovo ente da crearsi come università di utenti non trova riscontro nelle nostre tradizioni e dove esiste ha fatto pessima prova e poco incoraggiante: e non mancava di fare osservare che la proprietà indivisa è sempre causa d'impedimento ad ogni miglioria agraria e causa di disordini nel tempo stesso. Il Ministero, pur tenendo fermo il principio di massima per l'abolizione, fece delle concessioni alla Commissione parlamentare. Eliminò dal primo articolo del vecchio progetto il termine, decorso il quale si dovesse ritenere abusivo l'uso delle servitù civiche; accettò la massima che l'ipoteca derivante dalla legge dovesse per espressa disposizione avere la priorità di grado su tutte le altre; dette mandato al sindaco di fare agli arbitri quella istanza che si sarebbe voluta rendere di competenza della Commissione; ammise contro il sindaco stesso l'azione popolare che sembrò così bella e utile ai membri della Commissione parlamentare e consentì alle vedute di questa Commissione stessa circa alla notificazione pontificia del 1849. Su questo progetto GRIMALDI, il terzo dei progetti dei quali risale a lui la paternità, vi sono pur delle osservazioni a fare. Si dice che gli utenti non debbono considerarsi *uti singuli* ma *uti cives*. Ma non si potrebbe dire che questi usi debbono piuttosto ritenersi usi accordati a persone che se ne valgono *uti singuli cives*? Insomma che la qualità di *civis* sia richiesta come necessaria, ma non si ritenga sufficiente per conferire il diritto all'esercizio della servitù? In altri termini, prescindendo dalla denominazione *usi civici*, è proprio vero che la qualità di cittadino sia inerente a chi usa della servitù? Supponiamo i

Digitized by Google

territori di due città confinanti come estesissimi: allora qual cosa vi ha di più naturale, che gli abitatori della zona più vicina, quantunque appartenenti ad altro municipio, siano ammessi a partecipare al pascolo, escludendo *ratione loci* o *vicinitatis* i più lontani del territorio stesso al quale appartiene il fondo del cui pascolo si tratta? In tal caso noi non ci allontaniamo affatto dal rapporto di vicinanza territoriale; anzi rendiamo omaggio a questo rapporto tanto da prescindere per esso dalle stesse circoscrizioni amministrative; specie in quanto ordinariamente è impossibile ricostituire quella qualsiasi circoscrizione che risale all'epoca di costituzione dell'uso civico colla circoscrizione com'è attualmente attraverso mille e mille vicende intermedie d'ordine più svariato. Se noi quindi dovessimo prendere come criterio di delimitazione la circoscrizione attuale, il più delle volte i nostri calcoli non corrisponderebbero affatto alle circostanze di fatto che accompagnarono la costituzione originaria di quel diritto d'uso. A che quindi segnalare la condizione di *civis* come necessaria per il godimento della servitù, mentre questo concetto può produrre uno spostamento di tutto quanto il rapporto giuridico? Allora converrebbe ricorrere al concetto di consorzio tra due gruppi di *cives* o tra due *civitates* e perciò quasi ad un ente federato; mentre sarebbe cosa molto più semplice fare di queste due popolazioni utenti di confine un gruppo, un ente solo, indipendentemente dalla circoscrizione territoriale amministrativa di ciascun gruppo di utenti: tanto, ad ogni modo, i due gruppi confinanti dovranno terminare col confederarsi. Sembra pertanto miglior consiglio produrre e riconoscere, più che una confederazione, una conglobazione diretta di questi due gruppi di utenti, anzichè metterli in rapporto pel tramite più o meno superfluo e impacciante dei rispettivi Consigli o amministrazioni comunali. Inoltre è d'uopo pur convenire che, quando si dovesse dire in tal caso che l'utente è ammesso all'uso *uti civis*, non si potrebbe dire a ogni modo che egli ne usasse *uti civis* della *civitas* alla quale appartiene, territorialmente parlando, il fondo su di cui l'uso è dato. Dunque è le mille volte più sicura una rappresentanza diretta che gli utenti tutti, appartenenti ad uno, due o più Comuni, scelgano nel loro seno per sostenere esclusivamente quegli interessi dei

Digitized by Google

quali si tratta e che non possono essere confusi certamente cogli interessi generali di una od altra città, di uno od altro Comune. Non deve preoccuparci un tale aumento di un organo o di una funzione oltre gli organi e le funzioni affidate alle amministrazioni dei Comuni: quasichè si trattasse di distrarre un'amministrazione speciale dall'amministrazione del patrimonio comunale e di rappresentarsi quasi un patrimonio nel patrimonio, un'attività economica entro un'altra attività più grande; anche se questa rimanga a poco, dedottine i diritti di pascere e legnare e altri diritti affini, il cui godimento spetti all'universalità dei cittadini. Del resto, la legittimità della rappresentanza giuridica non consiste nell'amministrazione comunale se non per quei beni che appartengono al patrimonio del Comune in proprietà o in uso e dei quali il Comune stesso può disporre nei limiti del diritto che vi esercita. Invece in questi usi cosidetti civici, il diritto di disponibilità del Comune è nullo e al Comune spetterebbe soltanto il dovere di conservare ai suoi amministrati l'esercizio delle loro facoltà di pascolo. Si tratterebbe insomma di una semplice assistenza amministrativa che il Comune presterebbe agli utenti; ma quest'assistenza è troppo poco per attribuire l'usurpazione di una rappresentanza legittima che gli utenti stessi per avventura volessero affidare ad altri e cioè ad una o più persone scelte direttamente nel loro seno e più specialmente interessate al buon funzionamento degli usi dei quali si vuol dare e mantenere la sistemazione. Di più oggidì un altro riflesso può anche contribuire ad una tale soluzione: ed è che nei municipi troppo e troppo spesso coll'amministrazione si fa della politica, per non rischiare di perder di mira i veri scopi patrimoniali e le vere utilità economiche degli amministrati. Le questioni elettorali o di partito in genere purtroppo assorbiscono di sovente ogni altra tendenza ed ogni vera attività amministrativa delle rappresentanze comunali; tanto che noi non possiamo avere alcun serio affidamento che la compilazione degli elenchi e il riparto delle indennità, se si tratta anche di questo, siano fatti con imparzialità e con onestà vera; troppo l'esperienza ci ha resi diffidenti in questo, per potere affidare talora a nullatenenti, eletti a far parte dei Consigli locali, un'influenza

Digitized by Google

così grande sul vincolo dei patrimoni privati e sulla irrevocabilità del vincolo stesso. La massima che non falla in materia di amministrazione è invece quella che ciascuno sia chiamato ad amministrare le cose proprie, in ordine alle quali si presume a ragione ch'egli abbia un interesse diretto, non sostituibile, non paragonabile ad altri interessi più o meno indiretti e più o meno mediati, ma sempre meno intensi e meno efficaci di qualsiasi interesse diretto, per quanto parziale o minimo. Oltre a ciò non è a trascurarsi che, accarezzando il sentimento di autonomia di questi utenti, oltrechè si offre un mezzo non indifferente di educazione civile alla parte della popolazione che è meno colta e meno dedicata agli affari, si porta un giovamento non indifferente anche alla cosa pubblica, instituendo nei Consigli o assemblee di queste utenze una specie di tirocinio per la vita pubblica e per l'amministrazione locale autonoma. In ogni caso l'attività di questi utenti non può rimanere estranea alla vita comunale, perchè si tratta sempre di piccoli centri nei quali ogni ramo d'attività locale si compenetra nell'altro, anche se si esplichi con organi distinti e separati: talchè non è da temersi che un ordinamento separato dell'amministrazione degli usi civici possa danneggiare l'unità della vita pubblica, anche se gli usi civici costituiscano la principale attività patrimoniale di quella data popolazione e se non vi sia all'infuori di quello altro patrimonio da amministrare nell'interesse generale, di una qualche importanza.

Oltre a tutte le altre ragioni, ve n'ha una potentissima: cioè che non si vede motivo perchè in tal materia si debba derogare alla rappresentanza ordinaria e alle sue regole stabilite dal diritto civile; poichè, per quanto si tratti d'interesse così vasto ed esteso da sembrare interesse generale, tuttavia la sua estensione non ne cambia la natura e non ne altera l'indole da interesse puramente civile in interesse amministrativo e molto meno in interesse politico. D'altra parte, qual diritto ha il Comune di ingerirsi nell'amministrazione di un patrimonio che i comunisti stessi godono appunto *uti cives;* dal momento che questa dell'esser *cives* non è che una loro qualifica o qualità secondaria che riguarda l'origine del diritto e non il modo della sua esplicazione ovvero del

Digitized by Google

suo esercizio? Il tale, appunto perchè *civis*, ha l'uso del pascolo: ma questo non significa che tutti i *cives*, o che tutti i *cives* contemporaneamente, abbiano l'uso stesso; ma ciò non significa assolutamente che la rappresentanza di questi *cives*, *ope legis*, si debba ricercare nella *civitas*. La *civitas*, secondo il concetto odierno, ossia l'amministrazione comunale, non entra in campo che quando si tratta di servizio pubblico autonomo o quando si tratta di amministrazione di patrimonio comunale, che cioè appartenga al Comune *uti universitas*. Questa almeno sarebbe la logica del diritto; poichè non è ammissibile che ad una personalità collettiva d'indole politico-amministrativa e alla relativa rappresentanza organizzata nel congegno di Stato si riconosca un patrimonio consistente nel diritto di usare, se questo uso è impossibile fuorchè in una personalità fisica. Questo spiega l'individualità del diritto d'uso *uti civis* ossia *quia civis* indipendentemente da un diritto, simile o maggiore, della collettività: questo spiega l'impossibilità che dei vari diritti individuali si formi la massa di un diritto unico, perchè questo diritto non sarebbe che fittizio, l'unità sarebbe falsa, la rappresentanza fallace e imperfetta; in una parola, la funzione giuridica ne risulterebbe obliterata e guasta e priva di vero significato scientifico. Che l'ingerenza rappresentativa del Comune si voglia imporre come una prepotenza, è un altro conto: ma non si dirà mai che questa rappresentazione possa avere un contenuto giuridico, che essa risponda a giusti criteri direttivi, a nozioni precise e inconfutabili; nè si venga a dire che altra opportunità migliore non può esservi di salvaguardare gli interessi degli utenti. Ai nostri giorni poi sarebbe ad ogni modo cosa improvvida e sconveniente il diffidare di una rappresentanza locale d'interessi abbastanza generali; la qual rappresentanza si stabilisse e svolgesse la sua azione al difuori della rappresentanza comunale: poichè anzi è più indicato e più conveniente di agevolare la partecipazione diretta degli utenti al governo delle loro utenze. Ciò non esclude naturalmente che si ricorra, e anzi che si debba ricorrere, alla rappresentanza comunale o a più rappresentanze comunali, o anche magari alla rappresentanza provinciale per aver parere sull'origine giuridica e storica e per avere informazioni circa la notorietà di quei

Digitized by Google

dati fatti dai quali dovrebbe sorgere il rapporto giuridico degli usi civici o i rapporti che a quegli usi sono coordinati o concatenati. Ed anche queste rappresentanze dovrebbero poter essere ammesse a dar chiarimenti e a far deduzioni in merito, prima che le Autorità rispettivamente competenti emanino dei provvedimenti definitivi di qualsivoglia specie in merito alla constatazione dell'esistenza di tali usi e alla loro ripartizione o distribuzione tra i vari utenti che vi hanno legittimamente diritto, sia *uti cives*, sia all'infuori della loro qualità di cittadini e per un semplice diritto di vicinanza dei fondi o per ragioni di successione regolare ad un diritto regolarmente acquisito.

Come si disse, il progetto presenta l'impronta dell'abolizione assoluta del vincolo, specialmente in riguardo ai danni che dagli usi di pascere e legnare possono derivare per la selvicoltura. E così torniamo sempre alla vecchia questione. Il legislatore non deve poggiare troppo sul guanciale di pigrizia delle questioni di massima generale ed assoluta, nella fiducia che il criterio del giudice o del liquidatore, sia esso semplicemente amministrativo od appartenga all'ordine giudiziario, possa fare il resto, ossia il più: il legislatore deve fissare esso stesso i capisaldi e le norme direttive che debbono poi servire al giudice per regolarsi nel vedere se si tratti di usi civici veri e propri o di altro; non diciamo già per vedere se si tratti di danno reale per la selvicoltura, perchè sembra che il legislatore stesso parta dal preconcetto generale che questi usi siano sempre dannosi alla selvicoltura. In altri termini si ha il diritto di chiedere al legislatore quali siano i caratteri che distinguono in questa materia l'uso dall'abuso: e come ci si debba regolare di fronte all'abuso civico, dal momento che sotto il suo punto di vista l'uso già di per sè stesso costituisse un abuso. Se si dovesse stare alle regole più ovvie della logica, allorchè si dichiarassero abusivi in genere tutti gli usi civici, non vi sarebbe altro da fare nè sarebbe il caso di cercare altri abusi di altre specie e di cercare per questi una repressione speciale o speciali cautele di ricerca o d'interpretazione: basterebbe tagliar corto e non solo liquidare intieramente su queste basi i diritti preesistenti e già in esercizio, ma vietare inoltre che si

Digitized by Google

costituiscano per l'avvenire utenze collettive di pascolo in certe zone, e forse anche usi parziali o individuali su vasta scala. Insomma, se non si tratta che di garantire e tutelare la selvicoltura, sarebbe assai più indicato il diritto di pascere, anche per il proprietario del fondo boschivo, in certe determinate zone nelle quali si ritiene che il pascolo danneggi la selvicoltura: in altri termini il divieto stesso non sarebbe che una disposizione forestale, un regolamento di vincoli per un ordine superiore all'interesse dei privati proprietari dei fondi o delle gregge. Eppure non risulta che la questione siasi mai presentata sotto forma di proposta di un vincolo di tal fatta e che sotto questo punto di vista sia stata mai ventilata seriamente: si può dire proprio che a questo riguardo noi abbiamo assistito ad una continua suggestione rivoluzionaria e che non v'era altro vero desiderio finora, da quello infuori di fare guerra a morte e di bandire quasi una crociata contro il passato, senz'altro, senza preoccuparsi dei mezzi e della linea di condotta da seguire in questa crociata. Si stima di far cosa conforme allo spirito dei tempi, eliminando completamente gli usi civici, instaurando la proprietà libera ed esente da ogni gravame che diminuisca su di essa il godimento del proprietario, massime se questo vincolo è a beneficio della comunità. Ma, in fin dei conti, si giunge sempre ad una conclusione senza aver riguardo alla natura dei luoghi e alla specie dei territori. Questo sistema è ben deplorevole e dannoso: esso può assomigliarsi a quell'apriorismo dommatico che fu la rovina di tutte le scienze e che potrebbe esserlo anche della scienza del diritto, la quale non ammette una regola giuridica che non sia desunta dal fatto e che sul fatto non si appoggi. Le necessità economiche non debbono fuorviare la regola giuridica dalle norme generali del diritto, ma non possono essere estranee al contenuto d'una norma giuridica, specialmente quando questa viene a cambiare un sistema anteriore o fino a quel punto prevalente e sviluppatosi attraverso i secoli nei costumi delle popolazioni rurali o montagnole.

Se l'economia rurale di quella data zona di territorio richiede l'uso a pascolo; e se, data l'estensione del terreno da tenersi a pascolo, il mezzo migliore per attuare il pascolo

Digitized by Google

stesso è l'uso collettivo, evidentemente prima di abolire questo uso collettivo converrà pensare se sia possibile o no togliere al terreno stesso la destinazione a pascolo e dare ad esso una destinazione diversa, magari dissodando la terra in un modo speciale o facendovi dei lavori di trasformazione per destinarlo alla nuova coltura e al novello sfruttamento delle sue energie produttive. In tale ipotesi conviene possedere concetti direttivi abbastanza chiari per poter venire all'adozione e all'imposizione di uno scioglimento: ma soprattutto conviene determinare con molta sicurezza le regole che debbono presiedere alla trasformazione e quando la trasformazione stessa debba o possa essere preferita al mantenimento dello stato anteriore. Per tal modo, allorchè è venuto il momento di procedere all'applicazione pratica di questi principii generali, non possono esservi difficoltà o malintesi e tutto deve andare a seconda di questi principii generali, la cui adattazione al caso speciale deve poter riuscire la cosa più semplice di questo mondo per chiunque possegga criterio giuridico e concetto di misurazione quasi geometrico della determinazione pratica. Viceversa, allorchè il concetto del legislatore è incerto, più incerta ancora o forse arbitraria dovrà esserne necessariamente l'applicazione nel determinato caso pratico, a causa delle mille e mille circostanze di fatto che formano o modificano l'ambiente nel quale la riforma o il sistema nuovo deve trovare il suo svolgimento. Le difficoltà quindi dell'adattamento aumentano a dismisura e in proporzione della mancanza o dell'insufficienza dei criteri direttivi e appunto per supplire ai medesimi.

Bisogna anche notare che, al difuori e al disopra di tutte le leggi e di ogni Commissione liquidatrice o Giunta comunale, vi è la storia della vita sociale di quella data regione, nella quale si tratta di sistemare la proprietà e le sue manifestazioni. Questa storia, che rispecchia non solo le attitudini del popolo ma altresì l'adattamento successivo che queste attitudini hanno dispiegato alla natura dei luoghi, non si può distruggere nè menomare con un tratto di legge e neppure si può modificare sostanzialmente contro il suo passato: il legislatore altro non può fare che incanalare, in un certo senso, le attitudini e le tendenze dirette, per quella via che

Digitized by Google

a lui sembra più consona col progresso della vita pubblica e privata, della vita economica e della vita industriale. Anzi, siccome ai giorni nostri la stessa agricoltura si avvia alla sua trasformazione industriale, non sembra che la pastorizia, qualora si adatti a produrre in armonia e in concatenamento con una trasformazione siffatta, debba essere contrastata o inceppata nelle sue esplicazioni. Gli allevamenti su vasta scala, i miglioramenti delle razze possono invece rappresentare un considerevole interesse nell'economia moderna: talchè i prodotti si rendano più adatti alla trasformazione industriale e alla conseguente introduzione nei commerci sia per il consumo interno come per l'esportazione all'estero. In conseguenza di ciò la qualità e quantità dei pascoli non è argomento senza interesse per un legislatore che pur nel campo modesto del diritto civile intenda rendersi utile all'economia nazionale e agevolare la produzione e la distribuzione dei prodotti nel modo migliore e più conveniente per tutti. Se accanto ai pascoli, avviati a sistema moderno, si stabiliranno dei vasti ricoveri per le gregge, forniti di tutti i requisiti che l'igiene consiglia; se accanto a questi pascoli e a questi ricoveri si stabiliranno vasti opifici o stabilimenti di trasformazione dei prodotti delle gregge e di fabbricazione di tuttociò che si può trarre dal latte e dalle lane degli armenti; se questi opifici saranno posti in diretta corrispondenza colle stazioni di esportazione; se nulla si trascurerà perchè ai vecchi sistemi patriarcali siano sostituiti dei sistemi più razionali e più moderni: in tutte queste ipotesi ed ammesse tutte queste buone intenzioni e la traduzione di esse (per quanto è possibile) nel fatto, anche ai nostri giorni la pastorizia potrà essere destinata a prestare importanti servigi all'economia nazionale, sotto un punto di vista elevato e con uno sforzo non maggiore di quello al quale si sono dovute sottoporre altre produzioni per rispondere ai bisogni industriali e commerciali dell'epoca nostra. Vero è che per i pascoli montuosi si debbono vincere due grandi difficoltà: l'ingratitudine e l'asprezza del suolo da un canto, e dall'altro la difficoltà e scarsezza dei mezzi di comunicazione; ma gli sforzi delle nobili iniziative private, senza grandi sussidi ed anche senza l'intervento diretto dello Stato, han servito e servono bene

Digitized by Google

spesso a trarre la produzione da ben'altri imbarazzi. Il problema è complesso e non si può dunque considerare sotto un punto di vista unilaterale se non col pericolo di denaturarlo: gli stessi lavori preparatori per la legislazione debbono essere inspirati a concetti vasti, permodochè risultino coordinati ai sistemi industriali, ai sistemi economici, ai sistemi agricoli, ai sistemi delle comunicazioni, al problema della boschicoltura e a quello delle bonifiche agricole. La Svizzera a questo riguardo non ha poco da insegnarci e noi abbiamo molto da apprendere dalla tenace laboriosità di quelle popolazioni montanare, le quali mostrano di sapersi mettere così bene a livello dei progressi industriali: qualora da noi si costituissero o si diffondessero dalle pianure lombarde alle Alpi e agli Appennini quelle grandi associazioni di capitalisti per l'introduzione e l'esercizio di stabilimenti modello in trasformazioni industriali dei prodotti della pastorizia, non potrebbe certamente tardare il miglioramento della produzione corrispondente a queste nuove forme d'attività, o, piuttosto, a questi miglioramenti delle forme di attività già esistenti. La pastorizia rudimentale, e cioè dissociata dalle risorse industriali che servano a garantire e promuovere una trasformazione e un'esportazione su vasta scala, certamente è indizio di uno stato primitivo e imperfetto nella vita dei popoli: mentre invece una civiltà progredita si accorda meravigliosamente collo sviluppo delle industrie in genere ed in ispecie collo sviluppo industriale dell'agricoltura e della pastorizia, alle quali siano applicati metodi razionali di trasformazione dei prodotti a sistemi di pascolo della massima produttività. La tenacia della volontà umana è ormai divenuta cotanto meravigliosa, da non disperare che si possa ridurre a sistemazione più produttiva, sia pure in fatto di pascoli, la roccia più resistente del monte più aspro, magari con molto dispendio iniziale e con impiego di molto lavoro. In altri termini, non vi è angolo più remoto dal civile consorzio dove non possa penetrare l'attività umana per attuarvi la legge del progresso coi più svariati mezzi posti a sua disposizione: la qual cosa avviene di solito allorchè la sovrabbondanza della popolazione richiede che si provveda ad aumentare i mezzi di sussistenza più o meno direttamente provenienti dal

Digitized by Google

suolo. E, quantunque il pascolo rappresenti in certo modo il peggiore impiego del suolo, allorchè non si tratta di praterie per bestiame grosso ma di pascolo montuoso; tuttavia, anche ammessa la constatazione più negativa e desolante sulla feracità del suolo in rapporto ad una destinazione agricola, resta sempre il miglioramento delle comunicazioni e la possibilità di completare la produzione con grandi stabilimenti di trasformazione dei prodotti, i quali stabilimenti sorgano nelle stesse gole o balze dei monti, e magari applicandovi quelle cascate d'acqua così frequenti nei nostri paesaggi montuosi e che la natura non ci ha dato certamente perchè noi ci fermiamo ad ammirarli o ci portiamo gli stranieri per farne oggetto di ammirazione a pagamento, ma bensì per convertirle in forza viva motrice e trasformatrice di prodotti. Solo a questo patto si potrà dare alle popolazioni montagnole, il cui disagio economico e la cui miseria sono noti a tutti, una discreta fonte di guadagno e di impiego delle persone per un lavoro che ridonda senza dubbio alla soddisfazione del consumo cittadino. Inoltre nulla esclude che dei relativi prodotti si possa fare un'esportazione su vasta scala: e anzi il Governo dovrebbe favorire lo smaltimento dei prodotti con preferenza per le località di produzione più disagiate e più lontane dai grandi centri di vita cittadina. Su questo motivo, che del resto non è neppure sfruttato come gli altri attinenti alla produzione agricola, si potrebbe svolgere del resto tutto quanto un programma di politica militante, oppure anche una parte di programma economico-politico. In Italia oggi si sollevano alcune lamentele da regioni montuose per mettere in rilievo uno speciale disagio, che non apparisce fuori nè si dilata oltre le circoscrizioni di certi Comuni o al più di certi circondari: il disagio, la povertà vi è indubbiamente e tanto più si avverte, quanto più la civiltà si spinge anche sulle creste dei monti. Come rimediarvi se non promuovendo, agevolando lo sviluppo della pastorizia e delle industrie affini o dipendenti? Un tal quesito si ponga dunque coraggiosamente e coraggiosamente si dia ad esso adeguata risposta: ma la risposta vuol'essere sempre coordinata e subordinata agli scopi, ai metodi e al contenuto del diritto civile, non può invece adattarsi ad un sistema di diritto pubblico

Digitized by Google

concepito *a priori* come favorevole ad una libera alienazione del fondo che il proprietario non riescirebbe e non penserebbe neppure di alienare, e neppure ad una libera utilizzazione del fondo stesso, che per verità non può essere adoperato ad altro scopo fuorchè come pascolo. L'abolizione assoluta dell'uso cittadino di pascolo è dunque in molti casi, trattandosi specialmente dell'ingrato territorio di montagna, più che un'utopia, una vera sciocchezza. Per lo meno, caso per caso, sarebbe bene di conoscere che cosa ne pensino i proprietari dei terreni, dappoichè essi sono i più direttamente interessati a fare deduzioni contro l'uso civico, sia sotto il punto di vista della sua legittimità come sotto il punto di vista della sua convenienza economica: eppure di deduzioni e di opposizioni del proprietario o proprietari dinanzi a Commissioni o Giunte, non si parla nel senso di ammettere che, malgrado la possibilità dello svincolo, chi ha interesse a fare continuare il vincolo possa anche rinunziare al benefizio stabilito dalla legge. In altri termini, a queste disposizioni si dà troppo l'impronta del diritto pubblico, perchè non si debba temere che esse non armonizzino convenientemente col diritto privato, nè si cerca abbastanza di armonizzare in esse e con esse l'intiero sistema degli usi civici o dell'abolizione degli usi stessi. Si direbbe quasi che un'onda di giacobinismo serpeggi molto davvicino ai lavori legislativi per la sistemazione di questa materia e tenti di travolgere tutta quanta la materia stessa senza riguardi come senza distinzioni nè raggruppamenti di casi diversi. Il risultato di questo metodo non si vede subito, ma si vede in seguito col decorso del tempo, tenendo presenti le conseguenze economiche e dinamiche della produzione così ridotta ad uno stato bene spesso negativo ed illusorio. Ma occorrerà aspettare che si faccia l'esperimento, allorquando le conseguenze si possono prevedere quasi con sicurezza? E per di più non si deve ritenere che l'osservanza più volte secolare di un dato uso conferisca all'uso stesso non solo un'impronta grande o una presunzione abbastanza forte di legittimità, ma anche un significato di convenienza economica e di abitudine pratica da non potersi facilmente combattere con dati di fatto trovati all'ultima ora e forse neppure ammissibili senza qualche

Digitized by Google

dubbio? Dopo lunghissimo tempo si dimenticano persino i peccati di origine nel diritto civile e molte volte queste sanatorie sono anche provvidenziali allo scopo di non cagionare soverchi perturbamenti in un campo d'interessi già stabiliti e ben maturati e dai quali possono essere sorti e sviluppati rapporti economici e giuridici in quantità innumerevole e principali e secondari. La soppressione degli usi civici in un dato territorio può produrre dei gravi perturbamenti nella vita economica del paese stesso, può far deviare l'attività abitudinaria delle popolazioni rurali, alle quali poi è d'uopo trovare un'altra fonte di occupazione più o meno collettiva. Ma sarà sempre possibile convertire l'attività di questa gente dalla pastorizia allo stabilimento industriale manifatturiero, p. e. ad un cotonificio? Il pastore non s'improvvisa operaio. Inoltre aboliti gli usi collettivi dei pascoli, non sempre è a sperare che il proprietario provveda da sè a utilizzare quel territorio nel pascolo, con suo personale: perchè è da prevedersi che, data l'indole libera e suscettibile degli abitanti (e infatti d'ordinario il montagnolo nella sua rozzezza arriva ad esagerare i pregi del vivere indipendente), questa d'ordinario li allontani dal prestare come dipendenti quell'opera che sino allora avevano data alla pastorizia come padroni di gregge e come forniti del diritto di utenza.

61. Siamo giunti al terzo controprogetto parlamentare. Altra relazione Zucconi del 5 dicembre 1887 si avviò per la strada della conciliazione col disegno ministeriale, che accettò quasi per intiero. Fu questo, sostanzialmente, un atto di rinunzia alle vecchie pretese ed alle deduzioni anteriormente svolte. Il relatore della Commissione parlamentare, sempre quello delle volte precedenti, notava che la Commissione voleva fissato il principio della conservazione delle servitù di pascere, legnare, seminare e simili sulle montagne e sulle terre non suscettibili di miglioramento agricolo, ma che il ministro voleva mantenuto come regola generale il principio dell'abolizione delle servitù riservandosi in via eccezionale la facoltà di conservarle per il tempo indispensabile nel caso di necessità per la popolazione utente. Aggiungeva che la Commissione, nel propugnare il principio

Digitized by Google

assoluto della conservazione delle servitù civiche sulle montagne e sulle terre incolte, non si proponeva altro scopo che quello di non privare intiere popolazioni dei loro mezzi di sussistenza per effetto dell'abolizione della servitù, quando una tale abolizione non recasse il vantaggio del miglioramento agricolo dei beni affrancati. Quanto a modificazioni, essa si limitava soltanto a generalizzare l'espressione dell'art. 2 del progetto ministeriale, che stabiliva potere il ministro ordinare la continuazione dell'esercizio delle servitù civiche per il periodo di tempo indispensabile, se la parte di terreno da cedersi al Comune fosse insufficiente. L'art. 2 del controprogetto tolse la espressione della cessione al Comune, lasciando aperto al Ministero l'adito per servirsi della facoltà concessagli dalla legge, quante volte lo ritenesse necessario agli utenti; e per di più aggiunse che, qualora il proprietario offrisse di rilasciare una quantità di terreno sufficiente per l'esercizio delle servitù, dietro compenso da sborsarsi per il maggior valore della parte ceduta, dovrebbe egli essere sempre ammesso all'affrancazione.

Di più vi fu cambiamento per quanto concerne la assegnazione delle indennità provenienti dall'affrancazione: indennità che nel primitivo progetto della Commissione si proponeva dovesse accordarsi alla generalità degli utenti, mentre l'art. 3 del progetto ministeriale intendeva si assegnasse ai Comuni. Secondo il relatore della Commissione parlamentare questa differenza era però più apparente che reale, poichè in entrambi i disegni di legge si dispone che i capitali o beni provenienti dalla seguita affrancazione e ceduti in compenso dell'affrancazione stessa siano per decisione della Giunta d'arbitri assegnati all'ente o enti che prima ne godevano; poichè il Comune ad ogni modo si dovrebbe considerare come rappresentante di quegli stessi utenti ai quali col disegno di legge della Commissione medesima si dava una rappresentanza elettiva di tre membri. E si osservava che, quando pure i sindaci o le rappresentanze comunali tentassero di usurpare in qualche modo i diritti degli utenti, questi ad ogni modo resterebbero validamente garantiti e dalle ingerenze lasciate per l'art. 14 alle Giunte d'arbitri nell'assegnazione delle indennità e dalle modificazioni ristrettive

Digitized by Google

proposte nella nuova proposta della Commissione allo stesso art. 14 e dall'art. 17 che concede agli utenti l'azione popolare in caso di gravame contro i lavori della Giunta. L'articolo 14 restava dunque caratterizzato da due modificazioni: anzitutto la devoluzione delle indennità era disposta per l'ente o gli enti che anteriormente godevano degli usi stessi e per di più anche alle associazioni di utenti, alle quali il progetto ministeriale non aveva avuto riguardo; inoltre alla frase *debbano essere usufruiti col maggiore vantaggio delle classi meno abbienti* si sostituiva l'altra *debbano essere esclusivamente impiegate a vantaggio delle classi meno abbienti*. Ed eccoci giunti precisamente alla parte sentimentale, per così dire, di queste disposizioni legislative. Si vuole avere un provento da destinarsi per le classi meno abbienti, senza distinguere se queste classi meno abbienti siano o no composte di quelle persone le quali in origine partecipavano agli usi di pascere, legnare o fidare, oppure se ne formino parte dei nullatenenti quali che siansi o forse anche degli oziosi parassiti, che a spese dei lavoratori e dei veri pastori vogliano cogliere l'occasione per attingere sulle indennità pagate dai proprietari allo scopo di conseguire la piena liberazione dei loro fondi dal vincolo degli usi civici. Il che, tradotto in altri termini, significa che questi proventi, più o meno larvatamente, sono devoluti alla pubblica beneficenza, come se si trattasse di legati filantropici che le antiche generazioni avessero fatto alle generazioni presenti e alle future. Che si cerchi modo di giovare alle classi meno abbienti, nulla di male, ma è male che si cerchi di far questo a spese del patrimonio dei privati mentre si potrebbero riordinare le istituzioni di beneficenza e non si vuol mai procedervi sul serio; è male si cerchi di far questo infiltrando della politica nel diritto civile non per adattarlo all'ambiente, ma per comprometterne le basi giuridiche le quali soprattutto si concentrano nel rispetto del mio e del tuo. Quando si sarà sistemato il rapporto di diritto civile nel diritto civile, si vedrà che non vi sarà più posto per la beneficenza e si troverà persino oltraggioso il parlare di elemosina: questo è tanto evidente da non richiedere dimostrazione giuridica oltre la dimostrazione che ne forniscono il buon senso e il senso

Digitized by Google

comune: del resto non è un bel sistema quello di fare della beneficenza con le tasche degli altri, e allora sorge un diritto naturale che si contrappone alle violenze legislative cercando di eludere l'angheria della legge, come accade sempre per reazione a tutte le soperchierie dei più forti. Il più debole (e tutti si sentono deboli di fronte alla legge) reagisce coll'astuzia e per mezzo di accordi anche con coloro i quali altro interesse comune con esso non hanno da quello infuori di frodare una legge ingiusta. Ma è appunto questo stato anormale e viziato nella coscienza civile e giuridica delle popolazioni, che ogni legislatore deve cercare di evitare finchè può; perchè in ultima analisi non è di giovamento neppure a lui, se pure non intenda tiranneggiare sui popoli a lui affidati o non voglia corrompere il carattere pubblico. La beneficenza si organizzi a suo posto e coi suoi mezzi e non si faccia uscire fuori dal campo ad essa designato; perchè ciò varrebbe quanto denaturarne le funzioni e diminuire l'efficacia dello speciale organismo destinato per attuarla.

Tutti questi espedienti di far la beneficenza quà e là fuori della sua sede denotano invece evidente impotenza dell'istrumento principale designato a quella precisa funzione per la quale si vanno inutilmente e incivilmente racimolando dovunque degli organi e dei mezzi secondari che vanno dall'imposta alla spogliazione, dal contributo straordinario alla beneficenza forzata. Si vuole forse che, quando un paese è povero (e poveri sono tutti questi paesi di montagna che vivono colla caccia e col pascolo), tutta la popolazione viva alle spalle degli usi civici o delle indennità provenienti dall'affrancamento di questi usi. Per tal guisa noi assistiamo ad uno spettacolo poco edificante di una legislazione ispirata ad aure di popolarità e le tendenze della quale sono tutt'altro che consone coi dettami del diritto civile, ossia colle regole del mio e del tuo: la qual cosa farebbe supporre la esistenza d'interessi poco confessabili per tradurre il vero patrimonio della beneficenza pubblica a utilità di pochi e poco bene intenzionati a convertirla in benefizio dei poveri. Gli sperperi, i peculati non essendo ormai fatti isolati nelle pubbliche amministrazioni, essi prendono di mira soprattutto il patrimonio

Digitized by Google

dei poveri approfittando del poco e tardivo controllo che i poteri direttamente emananti dallo Stato vi esercitano; ed allora, naturalmente, vi è la necessità di costituire ai poveri un altro patrimonio, se si vuol provvedere ad essi secondo le loro necessità. Quest'altro patrimonio si costituisce a scapito dei diritti dei privati, mascherando l'arbitrio sotto forma di umanità e di filantropia, inseguendo il capitale nelle sue più recondite manifestazioni, non sempre per metterlo a disposizione dell'attività umana e per farlo servire ad imprese di pubblico interesse. Se tutto questo non conduce che allo sviluppo del parassitismo e al suo infiltramento nella vita pubblica, e se contemporaneamente sono alterati gli ordini del diritto civile e i rapporti patrimoniali di mio e di tuo, si deve cercare di risalire indietro alla fonte delle alterazioni e di eliminare le cause del male abbandonando il diritto eccezionale e tornando al diritto comune, dove soltanto si trova tanto di logica quanto ne basta ad esuberanza per uomini di buona volontà, i quali intendano sinceramente di cooperare al meglio nella società senza perdersi in tortuosi avvolgimenti, ma seguendo con costante sincerità la linea retta e sicura. Del resto, anche se seguendo questa via retta non si giungesse a raggiungere prontamente e sicuramente lo scopo generale e lo speciale, vale a dire il benessere nella giustizia e la giustizia nel benessere, i provvedimenti eccezionali non si dovrebbero mai cercare al difuori della giustizia, perchè le perturbazioni della proprietà e della libertà privata conducono sempre ad inconvenienti peggiori dei mali che per quelle speravansi di evitare.

Si lamenta il disagio delle popolazioni montagnole? Ebbene: perchè si vuole con tanta tenacia e con tanta insistenza l'abolizione assoluta del pascolo come uso civico, e non piuttosto si tende a conservarlo e a disciplinarlo, in guisa che ridondi soprattutto a beneficio di quelli che vi hanno diritto per l'impiego della propria attività? Purtroppo, come notammo, nei piccoli paesi rurali, accanto alle popolazioni laboriose vi è una indecorosa fioritura di parassitismo tra politico, amministrativo ed economico: le clientele si organizzano nell'ozio di un malinteso decoro che per rifuggire dal lavoro onesto deve certo cadere nel vizio. Antichi no-

Digitized by Google

bili, i quali hanno perduto le loro sostanze in abusi di ogni specie; gente in antico abituata alle agiatezze così a buon mercato dove le spese dei viveri sono ridotti al minimo perchè il territorio produce abbastanza per la popolazione; giovani spavaldi e partigiani, alieni da ogni occupazione fissa e solo talvolta a tratti occupati in speculazioni camuffate sotto la veste d'intraprese, ma spesso fondate sull'inganno e sulla frode: tutta questa gente si getta dove trova da nudrirsi, e nei bilanci degli enti morali, e infine nel bilancio comunale finchè è possibile e fin dove si può giungere colle agenzie elettorali a future ricompense o coi ricatti di partito che talora fanno anche capolino nella pubblica stampa.

Nessuna meraviglia che questi vampiri si gettino anche sulle servitù prediali e procurino di sostituirsi ai veri e legittimi utenti, ai lavoratori onesti, figli e nipoti di pastori, pastori essi stessi: che vi si gettino coll'ardore di lupi famelici o di cani bramosi. L'espressione *classi meno abbienti* è così elastica, che involge un apprezzamento di fatto quasi incensurabile o per lo meno resistente alle più gravi censure: potrà sempre venir fuori il parassita, di fatto meno abbiente, che sia a cuore di certe amministrazioni comunali alle quali si prevedano strettamente legate le Giunte d'arbitri. E costoro, sia insieme, sia con esclusione dei veri proletarii onesti e desiderosi di lavoro, potranno assidersi indisturbati e compassionati al banchetto delle indennità, senza altra fatica da quella infuori di esigere i relativi mandati di pagamento. Non parliamo poi delle facili ingerenze elettorali, in periodo elettorale e fuori: e domandiamoci se anche soltanto in buona fede non siano possibili gravissimi errori e non meno gravi violazioni di legge, talora anche innocentemente e non per malvolere nè per frode. Una cosa è certa: ed è che è passato il tempo ormai delle vuote teorie e che non è più possibile fidarsi della probità degli uomini e dei partiti che si succedono nell'amministrazione del patrimonio pubblico nei centri più remoti dalla vita civile, dove il controllo difficilmente e tardivamente arriva, dove d'altra parte sono già penetrate per riflesso le astuzie tutte della politica e dell'affarismo. Non vale il dire che, una volta as-

Digitized by Google

segnate le indennità, queste non potrebbero più ritogliersi sotto l'impero di altri partiti, se si tratti di indennità non già per una volta tanto, nè di terreno, ma sotto forma di annuo canone: perciocchè, e in questo e negli altri casi, il meno abbiente di oggi può divenire il più abbiente di domani e di doman l'altro, e in tal caso egli usurpa ai più poveri di lui quanto spetterebbe a questi ultimi. L'assegnazione dunque, per esser giusta, dovrebbe mantenersi nei limiti del transitorio: e cioè ogni tanto tempo converrebbe riesaminare lo stato di agiatezza, maggiore o minore, dei percipienti l'indennità sotto forma di canone periodico. È ciò possibile? No, certamente; e inoltre, se pure lo fosse, non è detto in alcun progetto nè nella legge stessa che così debba essere. Di qui a qualche generazione, se la disposizione (per mo' d'esempio) s'avesse da applicare oggi, le condizioni economiche dei beneficiati potrebbero essere completamente invertite: i poveri di oggi divengono i ricchi di domani e i ricchi di oggi cadono domani in bassa condizione, e in stato miserrimo. Per evitare dunque siffatti inconvenienti e dannose per quanto dubbie revisioni è cosa ottima non allontanarsi sin da ora dalle regole giuridiche più sane. E quali sono queste regole giuridiche? Prima fra tutte quella consacrata dalla più sana dottrina dei nostri maggiori: *suum cuique tribuere*. Tutto il resto viene da sè; il rispetto dei diritti, dei crediti, delle spettanze di ciascuno porta un frutto di bene inesauribile e perenne di altrettanto, di quanto le perturbazioni sono fonte di male e di disequilibrio. Lungi dunque dalle perturbazioni e dai diritti eccezionali; lungi dagli organismi superflui e faragginosi, buoni solo a complicazioni burocratiche e a creare malcontenti nelle popolazioni: alle classi meno abbienti si provveda come si deve colle disposizioni generali relative alla pubblica beneficenza e si eviti d'infiltrare il diritto pubblico nel diritto privato o piuttosto di assumere il diritto pubblico come pretesto per violare i diritti privati.

Esclusa così ogni ragione di sospetto, ricondotto il rapporto alla sua vera origine, molti inconvenienti si potranno evitare. È bensì vero che non in tutti i luoghi può dirsi che nel passato e sinora tali usi civici siansi svolti col massimo

Digitized by Google

ordine; ma, appunto se disordini vi furono per lo passato, ora è giunto il momento di rimediarvi una volta per sempre e di provvedere ad una sistemazione definitiva di tutto ad una volta, rivedendo e ricostituendo tutta quanta la storia del passato, sotto il punto di vista dell'acquisto del diritto d'uso e della corrispondente assegnazione dell'indennità o del canone di affrancamento della proprietà che n'è investita. Quale fu il contenuto, quale l'estensione dell'uso, quali furono le persone che si ammisero al godimento di esso?

Tutti questi problemi domandano una risposta a colui che si fa a ricercare negli archivi locali e che intende stabilire quali siano stati finora e quali debbano ritenersi tuttora i subbietti di tali diritti. Se si tratta di fondi abbandonati dai proprietari ed invasi tumultuariamente dalla popolazione colla loro greggia, può sorgere il dubbio che, non trattandosi qui di appropriazione completa, ma trattandosi soltanto di appropriazione d'uso, la vera proprietà e il vero dominio ne sia ricaduto al Comune, ossia all'ente collettivo succeduto al proprietario od ai proprietari che abbandonarono il fondo o fondi di cui si tratta. E allora il Comune, volendo affrancare, dovrebbe pagare l'indennità o il canone ai comunisti: ma il Comune non affranca e solo si limita a regolare gli usi tra i comunisti. Se il Comune non è proprietario dei fondi, se i fondi non sono senza proprietario e vi è chi esercita su di essi i diritti del possesso all'infuori del pascolo: in tal caso conviene ricercare i proprietari e conviene anche determinare se per caso l'esercizio, sia pure collettivo, del pascolo, e appunto perchè collettivo, non riveli anch'esso una proprietà collettiva di coloro stessi i quali del pascolo hanno l'esercizio in terreni di cui non si può ragionevolmente fare altro impiego e che nessun buon padre di famiglia comprerebbe se non per adibirli o farli adibire a pascolo. Insomma a tal riguardo vi è da risolvere una discreta quantità di quesiti giuridici, ai quali non può nè deve sfuggire per inerzia nè il legislatore nè l'interprete.

La Commissione, come si è visto, sul concetto di massima dell'abolizione, voluto dal Ministero, cedeva. Sembrava però piuttosto una rassegnazione impotente, questa, anzichè un'accettazione cosciente. Abolire di massima proprio ciò che è

Digitized by Google

utile, non poteva sembrare cosa pratica; e il consentirvi ricacciava gli agrarii, gente per consueto eminentemente pratica, nel mondo delle nuvole. Dunque ormai la lotta tra le due tendenze svaniva: e cioè la parte più viva e più interessante di tutto quanto il lavorio legislativo era per così dire distrutta e relegata nel nulla. Tutto un periodo di lotte era come non fatto, come non avvenuto: pareva insomma piuttosto un lavoro di alchimia parlamentare, un lavoro quasi di rabberciatura, di appiccicatura, di saldatura per dir meglio, anzichè un vero e proprio lavoro di preparazione legislativa inspirato ad un principio direttivo ben chiaro e diretto ad una mèta sicura. Presso a poco è lo stesso caso di un legislatore che non voglia legiferare, o tema di legiferare troppo e su troppe cose. O forse si lasciava intravvedere la necessità di un regolamento più importante e decisivo della legge stessa: ed allora si falsava già fin dapprincipio l'indole del regolamento nei suoi rapporti colla legge, perchè si veniva a dare al primo un'importanza maggiore della seconda. In quali casi precisamente, con quali modalità e garanzie per i proprietari dei fondi vincolati, era ammessa la continuazione del vincolo di servitù del pascolo? Occorreva l'opera di un perito che guidasse il giudice o l'arbitro sui criteri di convenienza economica ed agricola; o come altrimenti era possibile salvaguardare gli interessi dei proprietari? E quali provvedimenti, quali garanzie potevano escogitarsi per evitare che i proprietari stessi facessero una meschina questione di emulazione e per un mero puntiglio cercassero di produrre l'alterazione di tutta quanta la vita di un villaggio dedito alla pastorizia? Di qui si argomenta quanto sia necessario di armonizzare l'interesse pubblico col privato e come l'interesse pubblico le più volte stia per la conservazione, accoppiata al migliore e più acconcio regolamento, dell'uso civico, anzichè per l'abolizione dell'uso stesso quasi per affermazione solenne della libertà dei possessi da ogni vincolo. A me sembra anzi che, se un preconcetto il legislatore avesse dovuto avere, quello sarebbe stato non già della libertà assoluta dei fondi, ma bensì della loro utilizzazione nel miglior modo possibile, ossia a pascolo; e che questo preconcetto si sarebbe dovuto dal legislatore stesso adattare ai vari luoghi o direttamente

Digitized by Google

in seguito ad un lavoro preparatorio fatto da apposite Commissioni di tecnici, o indirettamente, dettando cioè i criteri da seguirsi caso per caso per l'interpretazione dello spirito della legge. Anzi, a nostro modo di vedere, sarebbe stato assai proficuo il sistema di compiere questo lavoro fin dapprincipio e di farne tesoro nella legge per mezzo di allegati o tabelle esplicative.

Non tutti i Comuni dello Stato hanno nel loro territorio gli usi civici di pascolo, legnatico, erbatico, e simili; gli usi di pascolo sono soprattutto frequenti nei piccoli municipi, ed a questi soltanto si dovrebbero rivolgere le indagini e in essi concentrarsi gli studi con opportuni sopraluoghi, rilievi, piani, perizie, constatazioni, con un'istruttoria piena ed esauriente, con una distinzione avveduta di persone, di luoghi, di colture. Nè sarebbe strano o biasimevole che il lavoro relativo alle servitù prediali si combinasse, per economia di tempo e complemento di mezzi, con un lavoro relativo alla sistemazione boschiva e idraulica dei bacini montuosi: anzi l'un lavoro completerebbe egregiamente l'altro in una unità armonica, nella quale l'interesse pubblico conserva la prevalenza sul privato interesse e si presenta come direttivo nella soluzione armonica dei maggiori problemi relativi alla vita economica delle popolazioni dei piccoli centri. L'opera allora sarà più efficace quando sarà in ogni sua parte completa e quando sarà applicata allo studio di più faccie del problema tanto intricato della economia produttiva delle nostre campagne.

Il problema industriale e il problema agricolo si affacciano, ciascuno di per sè, a patto però di essere entrambi trattati nell'interezza loro rispettiva e senza distaccarne parte da parte; poichè così facendo non si verrebbe a dare a ciascuno di essi problemi se non una soluzione parziale e i problemi risorgerebbero e forse anche si confonderebbero malamente tra di loro, mentre le loro soluzioni separate possono sempre accordarsi, per quanto è possibile armonizzare agricoltura e industria, e far sì che l'una serva all'altra e che entrambe si completino a vicenda. Se noi affermiamo in una data zona territoriale la possibilità della sola pastorizia, evidentemente, per implicito, veniamo ad affermare la sola pos-

Digitized by Google

sibilità delle industrie che nei prodotti delle gregge riscontrano la loro materia prima: che se affermiamo la possibilità di altre utilizzazioni, di colture agricole intensive o estensive, con ciò veniamo ad ammettere la possibilità di stabilimenti industriali destinati alla trasformazione dei prodotti dell'agricoltura e di quella speciale coltivazione ch'è adatta a quel dato territorio. Ciò non significa nè che l'agricoltura o l'utilizzazione del suolo in genere si debba sforzare per dar vita a tutti i patti ad una determinata industria; nè che si debba intraprendere una industria poco proficua e poco rimuneratrice sopra luogo, soltanto per dare occasione e mezzo ad una immediata trasformazione dei prodotti. L'una e l'altra pretesa sarebbero del pari ingiustificate e pericolose; poichè si rischierebbe per tal guisa di non far nulla di praticamente utile nè per la pastorizia, nè per l'agricoltura, nè per l'industria. La cosa migliore è di non complicare la situazione, pur tenendo fermo il proposito di piegarsi alle esigenze moderne e di distribuire equamente le diverse utilità; pure avendo di mira una mèta unica. È quindi d'uopo conciliare tutte le tendenze, tutti gli interessi; o, meglio ancora, trovar modo nella soluzione di ciascun problema perchè non restino compromessi gli altri problemi tutti che con quello possono avere un nesso e che si prestano tutti insieme alla sistemazione dell'economia agricola. Il restringere il quesito degli usi civici ad una semplice soluzione di piccole controversie locali, senza aver riguardo agli interessi generali della pastorizia, dell'agricoltura, della boschicoltura e simili, equivarrebbe ad impiccolire il problema e a togliergli l'importanza maggiore: beninteso per quanto concerne il punto, se le servitù di pascipascolo in una data zona di territorio debbano conservarsi o debbano abolirsi. Dove l'interesse pubblico di una sistemazione generale e armonica non entra più in giuoco, si è nel criterio da adottarsi per assegnare le indennità nel caso di soppressione dell'uso civico. Qui è solo questione di mio e di tuo, di diritto privato; e sarebbe indebita intrusione volervi far penetrare argomenti di diritto pubblico, e, peggio ancora, considerazioni politiche. Ma al difuori di ciò, le cure dello Stato debbono rivolgersi alla terra non meno che all'industria manifatturiera; e quando

Digitized by Google

si dice Stato, non s'intende con ciò unicamente nè principalmente parlare del governo centrale, ma s'intende accennare agli organi locali di Stato, ed in modo speciale ai Comuni. E di vero questi fatti della vita locale, appunto perchè tali, dopochè l'Autorità centrale di governo abbia fissato le sue norme generali direttive, attengono immediatamente alla vita locale per quanto concerne la loro sistemazione definitiva. E le Commissioni locali dovrebbero istruire perfettamente il progetto di sistemazione locale: se poi si vuole addirittura affidare questo còmpito ai Consigli comunali, niente di meglio. In tal caso si avrà una presunzione abbastanza fondata, almeno sotto il punto di vista formale, che la volontà del paese si rispecchi nella soluzione di una serie di controversie che interessano più o meno direttamente la cosa pubblica. L'Autorità giudiziaria ed il volontario arbitraggio fra le parti (parliamo *de iure condendo* e non *de iure condito*) dovrebb'essere poi la competenza più indicata per dirimere le questioni patrimoniali sull'attribuzione del mio e del tuo come effetto della liquidazione di questi antichi rapporti che non si volessero più lasciar persistere per ragioni di pubblico interesse: come all'Autorità giudiziaria ordinaria si devolve ogni questione per l'affrancamento delle enfiteusi.

E anche gli abusi del pascolo niuno è tanto adatto a conoscerli e reprimerli quanto l'Autorità stessa ordinaria giudiziaria: poichè quanto un diritto possa eccedere dal suo ordinario esercizio, niuno meglio può conoscere di chi questo ordinario esercizio è chiamato in altri casi a determinare. Oltre a ciò anche nell'esame degli usi civici di pascolo, sia per stabilire se la prescrizione abbia consacrato qualche stato originariamente dubbio, sia per precisare i limiti del diritto, sembra non vi possa essere altra Autorità più atta e competente dell'Autorità giudiziaria e che l'Autorità amministrativa offra dei pericoli gravissimi d'incompetenza o di parzialità: per la qual cosa è più prudente sempre affidarsi ad essa anzichè a magistrature speciali, nelle quali prevale coll'indole amministrativa il criterio di opportunità. Aggiungasi poi un'altra ragione d'indole generale: vale a dire che l'applicazione pratica delle norme di procedura è fatta sempre assai meglio dai giudici o collegi abituati a

Digitized by Google

trattare giudizi ordinari, che non da giudici e collegi straordinari, che quest'abitudine non hanno. Almeno è conveniente sperimentare i rimedi ordinari pria di disperare della applicabilità della procedura ordinaria: vedere che cosa si può fare colla competenza dei giudici comuni, e, se non si può, a mezzo di questa competenza, raggiungere lo scopo desiderato, in tal caso soltanto volgere la disposizione legislativa a stabilire una competenza speciale, sia pure sotto il punto di vista di una liquidazione sistematica del passato. Evidentemente poi, trattandosi di magistrature speciali, l'effettiva risoluzione delle controversie più che dalle magistrature stesse è data dai periti tecnici che da esse sono adibiti e che forniscono loro coi dati della propria rilevazione i criteri direttivi di tutta quanta la risoluzione. Allora tanto varrebbe quasi quanto stabilire un collegio di periti per procedere all'arbitrato, senza rimpinzare le Commissioni di elementi poco significanti e poco influenti; ed è appunto la parte decorativa ma inattiva quella che conviene togliere di mezzo siccome poco adatta all'indole dei tempi. Del resto, se si tratta di liquidazione di un passato destinato a scomparire, non per questo deve ritenersi che, compiuto una volta il lavoro di liquidazione, non si debba mai più tornarvi sopra in nessun'altra occasione; questo sarebbe troppo sperare e troppo ripromettersi da un semplice lavoro di liquidazione. Le modalità quantitative e qualitative di esercizio, se la servitù si mantiene, possono sempre venire in campo: soltanto se la servitù o l'uso civico si abolisce, tutto è finito col pagamento dell'indennità per una volta tanto, ovvero colla determinazione del canone periodico da soddisfarsi a pro degli utenti, disinteressandoli dall'uso per sempre. D'altro canto, e per giunta, la voluta inappellabilità di questi provvedimenti rende più che mai necessario di avere una risoluzione seria e ponderata, togliendole ogni causa di debolezza ed ogni argomento di sospetto.

Se poi si considera la procedura che si richiede per venire a capo di simili controversie, crediamo che in essa non si trovi tanto che richieda proprio indispensabilmente una intonazione prevalentemente amministrativa, con interesse prevalente dei municipi o delle frazioni dei municipi, anche

Digitized by Google

quando il godimento degli usi sia dato ai cittadini *uti singuli* e non *uti universitas*. Nell'ipotesi che il godimento sia dato ai cittadini come parte dell'*universitas* civica, allora, se la servitù si conserva, la municipalità ha interesse a regolarne amministrativamente l'esercizio; se la servitù si abolisce, deve essere indennizzata l'*universitas* per il beneficio perduto, e questo indennizzo non va distribuito tra i componenti la *civitas*, ma bensì entra a far parte delle attività del bilancio comunale in blocco e senza accantonamento speciale, come se si trattasse di un qualsiasi provento patrimoniale del Comune, e se non si dovesse aver riguardo alla sua storia e al suo funzionamento attraverso i secoli. L'*universitas* evidentemente ha diritto di considerare queste attività come sue patrimoniali, quantunque l'esercizio del diritto contenuto in quel patrimonio o in quella parte di patrimonio civico sia demandato a ciascun cittadino singolo oppure a ciascun capo di famiglia secondo talune norme determinate nel regolamento d'uso. Una cosa è d'uopo notare: cioè che questa attività patrimoniale del Comune non può nè deve essere convertita o alterata in modo alcuno: l'uso ne resta e ne deve restare per tempo indeterminato sempre quello, cioè dev'essere a pro della pastorizia.

Evidentemente poi, in considerazione di questa destinazione, beni siffatti si ritengono inalienabili; nè è ammesso che il loro godimento in natura sia sostituito da una rendita corrispondente, poichè in tal caso si verrebbe ad invertire lo scopo e la destinazione, e la causa del godimento di quei beni o territori per la pastorizia. Ma questo stato di cose dovrà perciò durare eterno? Supponiamo che quel paese alpestre, per il beneficio di nuove e migliori comunicazioni, d'un tratto possa essere destinato allo sviluppo di una coltura intensiva; e che quindi da questo momento la pastorizia rappresenti per esso uno stato di cose antiquato, una utilizzazione arcaica, un non-senso economico: in tal caso gli stessi utenti potrebbero riconoscere opportuno di rinunziare ai loro usi, magari rendendosi essi stessi attivi per la trasformazione della coltura del suolo. Che ne conseguirà da questo nuovo stato di fatto? Qual risoluzione dovrà adottarsi, qual procedimento dovrà seguirsi? Il patrimonio comu-

Digitized by Google

nale, anche privato, deve senza dubbio provvedere all'interesse pubblico, o per lo meno non può contrastare con questo interesse: e però, quando l'interesse pubblico accenna ad una diversa orientazione, deve rispondere a questa nuova orientazione anche la destinazione del patrimonio privato di un Comune. Non sarebbe dunque fuor di luogo la possibilità illimitata di affrancare, o, in genere, di svincolare i beni patrimoniali del Comune dalla servitù degli usi civici di pascolo, allorchè questa servitù non risponde più all'indole dei tempi. In tale ipotesi d'interesse pubblico l'iniziativa della trasformazione dovrebbe partire dalla pubblica Autorità, e la determinazione del cambiamento dovrebbe seguire tutte le fasi d'una pratica amministrativa che concerne la disposizione o la disponibilità del patrimonio comunale. Le servitù sono della stessa natura della proprietà e quindi la loro soppressione è un atto con cui si dispone della proprietà, o di parte della proprietà, convertendo il diritto dei cittadini da uno *ius in re* in un diritto semplice di obbligazione personale e trasformando corrispondentemente l'impegno dell'altra parte.

La gravità della cosa non consiste tanto nel valore patrimoniale che si perde o si guadagna, tanto più che il guadagno e la perdita da una parte e dall'altra stanno tra loro in ragione di corrispettivo; quanto piuttosto nella qualità dell'atto amministrativo che si tratta di compiere e al quale debbono consigliare ragioni di opportunità sostanziali e influentissime. L'opportunità implica sempre un giudizio di merito, sindacabile nei modi voluti dalla legge che indica il funzionamento degli enti locali e dispone i mezzi più atti e gli ingranaggi indispensabili alla vita pubblica del paese. La regolarità nella forma è garanzia e mezzo di regolarità sostanziale; e questo vale tanto più per le cose attinenti alla vita pubblica e agli interessi generali, poichè non si può entrare nel merito di ogni singolo provvedimento se non caso per caso. E la nota decisiva per ogni singolo caso è data dalla condizione dei luoghi e dalle esigenze della vita in un dato territorio: l'economia dell'ambiente è quella che può consigliare la trasformazione del patrimonio comunale, la sostituzione di un impiego all'altro, di un'attività all'altra. Così, se la popolazione del luogo rimane sempre essenzialmente

Digitized by Google

agricola e non ha altro mezzo di estrinsecare la propria attività e il proprio lavoro, è d'uopo conservare i pascoli e il loro uso senza pensare all'introduzione di un sistema nuovo, la cui efficacia è sempre problematica e include un forte azzardo.

62. Finalmente tra Ministero e Commissione parlamentare si venne ad una grande concordia: prodotto della quale fu un nuovo progetto presentato il 17 dicembre 1887 alla Camera dei deputati. La notificazione pontificia del 1849 aveva stabilito che l'indennità dovesse darsi in canone, quando la parte di terreno da segregarsi non superasse i dieci ettari: ma il progetto a questa disposizione volle sostituire l'altra, che il canone si dovesse allorchè la parte di terreno da segregarsi non fosse di quattro ettari nelle regioni montane, nè di dieci nelle altre; e con ciò si veniva a favorire la devoluzione delle indennità in natura nei paesi dove si era pensato far continuare a vivere l'esercizio delle servitù. Il punto concordato fu specialmente il seguente. Il ministro insisteva per l'abolizione di tutti i diritti di pascere e legnare; la Commissione a sua volta pretese che se ne continuasse l'esercizio dove la loro cessazione si riconoscesse di grave danno alle popolazioni. D'altro canto, il concetto di lasciare in facoltà del ministro la proroga della cessazione non assicurava alle popolazioni l'esercizio di tali diritti: e neppure sembrava cosa pratica ammettere che il proprietario potesse affrancare cedendo agli utenti, dietro compenso, il terreno necessario per l'uso indispensabile alla pastorizia da cui il paese ritraesse i proventi necessari alla vita. Occorreva quindi escludere dalla legge la semplice facoltà e consacrarvi l'obbligo: quindi gli utenti avrebbero dovuto essere ammessi all'affrancazione mediante il pagamento di un annuo canone al proprietario. Su questo punto s'incontrarono le due opposte tendenze e fu questo il terreno sul quale doveva svolgersi il nuovo progetto. Quanto alla devoluzione delle indennità, si stabilì che spettasse al Ministero di agricoltura il determinare come e da chi dovessero essere impiegati i capitali spettanti ad associazioni più non esistenti o più non rispondenti ai loro fini, su proposta appellabile della Giunta d'arbitri.

Digitized by Google

Così, salvato una volta il principio della devoluzione agli utenti, si accordò al Ministero la facoltà di annullarne le associazioni e di disporre dei loro beni; allorchè tali associazioni il Governo non credesse di riconoscere o di approvare e allorchè le Giunte d'arbitri o le Autorità di appello avessero detto la loro ultima parola in modo conforme ai desideri ministeriali. E questi furono i capisaldi del progetto concordato: nel quale ognun vede quanto prevalesse il lato empirico sui veri e proprii criteri razionali. Come si scorge, il progetto parla di una doppia affrancazione: affrancazione del proprietario, in omaggio al principio abolitivo; affrancazione degli utenti, in omaggio alle necessità della popolazione. Le due affrancazioni sono effettivamente contrapposte, quantunque possano concorrere in uno stesso caso. Si cede dal proprietario alla popolazione una certa quantità di terreno, sul quale sinora l'uso esercitavasi, in corrispettivo dell'affrancazione: e, se questo territorio non è sufficiente per l'esercizio della servitù, si permette agli utenti di affrancare in tutto o in parte il terreno rimanente, che in caso contrario dovrebbe restare al proprietario.

Le due affrancazioni sono dunque contemporanee: non già che l'una preceda l'altra, perchè altrimenti il proprietario del fondo prima vincolato dovrebbe cedere una parte della parte affrancata o liberata, e non si tratterebbe più di un'affrancazione in senso contrapposto. Ma intanto si potrebbe sempre domandare che cosa importi agli utenti il pascolo di avere in piena proprietà il terreno od una parte del terreno sul quale il pascolo si esercita; dal momento che terreni siffatti ordinariamente non dànno altro reddito fuorchè quello del pascolo. Sotto il punto di vista giuridico poi, vi è una specie di contraddizione tra le due affrancazioni, per così dire, contrarie: quella del proprietario che libera una parte del suo fondo dall'onere della proprietà, e quella degli utenti che ne affrancano un'altra parte, ossia la parte necessaria all'esercizio della servitù. Ridotte le cose al loro posto, per gli utenti non è più o non è tanto questione di affrancazione, quanto è più veramente questione di acquisto; ma, in fin dei conti, all'utente della servitù si vuol dare un territorio di cui egli non può sentire il bisogno e di cui non sa

Digitized by Google

che farsi: egli ha bisogno di una maggiore estensione di pascoli, non di una maggiore intensità, perchè ordinariamente il pascolo (e specie il pascolo naturale, qual'è d'ordinario quello che forma l'oggetto dell'uso civico) si esplica in terreni inadatti, come più volte notammo, ad altre specie di coltura.

L'affrancazione, cosiddetta, del fondo gravato, in tutto o per la parte occorrente all'esercizio della servitù, mediante il pagamento di un canone, è dunque piuttosto il riconoscimento e la sistemazione della servitù stessa e dell'esercizio di essa in modo da ridurre l'uso legale e determinato nella sua costituzione in forma precisa e giuridica. Qual benefizio si voglia dedurre da una tale trasformazione dello stato giuridico di fronte ad un persistente ed eguale rapporto di fatto, non si giunge invero a comprendere, perciocchè nulla tende a dimostrare che sotto il punto di vista economico le cose siano effettivamente cambiate o vengano a cambiare: pascolo si eserciterà sempre e in quella estensione di territorio che fin dapprincipio si ritenne necessaria o che successivamente si riconobbe sufficiente, tenuto conto dei bisogni per la vita del paese. Oltre la sfera dei bisogni effettivi non si deve estendere l'esercizio effettivo del diritto: la tendenza è anzi a restringerlo nei limiti del puro necessario. Questo progetto concordato fra Ministero e Commissione, adunque, ha evitato un'affermazione recisa di principii; l'impressione è come se da due parti insieme si tirasse per adattare una medesima situazione ad un principio opposto, rispettivamente. Ha evitato una decisa posizione di teoria generale e di massima direttiva, ma intanto ha provocato la possibilità dell'equivoco e il dubbio perenne. Vorremo noi dunque ammettere che il progetto concordato sia stato il *non plus ultra* o forse soltanto il *minimum* di quanto potrebbe onestamente desiderarsi in caso simile? La facile contentatura, se è indizio di prudenza politica, diventa un difetto, allorchè si trasporta nella sfera di un' eccessiva arrendevolezza delle Commissioni parlamentari e in un'abile dissimulazione di qualche ministro che crede bene sfuggire punti scabrosi e spinose contestazioni, forse nella fiducia di conseguire il desiderato intento con minore difficoltà. Ma queste leggi che regolano la pro-

Digitized by Google

prietà, i diritti frazionari della proprietà stessa e il modo di usarne non debbono trattarsi alla stregua d'una legge politica e con criteri di piccole opportunità: è d'uopo che in esse non manchi la più aperta sincerità e la più schietta orientazione. Insomma, ci vuol poco a partire dal punto di vista che si tratta di abolire in via di massima gli usi civici, mantenendoli solo nel caso e nella quantità necessaria per la loro esplicazione, data l'indole dei luoghi e date le condizioni economiche dei vari paesi e dei loro abitanti. Nulla di male il dire che un *minimum* di pascolo, riconosciuto come indispensabile alla vita di un dato paese, debba essere mantenuto: e che quindi per ogni singola regione la Giunta d'arbitri debba seguire criteri diversi di cui non si possono senz'altro dapprima indicare i particolari in modo certo e durevole, finchè restano le circostanze di fatto attuali. E perciò sarebbe stato logico stabilire la compilazione degli elenchi dei terreni sottoposti agli usi civici e la loro periodica revisione di tanto in quando, e, se non proprio ogni anno, almeno ogni decennio: col quale provvedimento si poteva anche facilitare una successiva estinzione graduale del vincolo, essendo luogo a presumere che col passar del tempo le condizioni territoriali e lo sviluppo industriale delle popolazioni rendano sempre maggiormente possibile il passaggio dalla pastorizia all'agricoltura intensiva. Stabiliti e riveduti questi elenchi, essi servirebbero come di base certa per ogni possibile od eventuale risoluzione, provocata dalle contestazioni private in caso di pretesa violazione dei diritti del proprietario o di quelli dell'utente: si avrebbe insomma una base stabile, un punto di partenza già stabilito e il cui cambiamento deve essere il prodotto di un atto egualmente autorevole ed imperioso dei pubblici poteri.

Nè si dirà che questa regolarità di elenchi e di revisioni di elenchi venga a creare un organismo burocratico impacciante o dannoso, o in certo modo diretto ad influire sulle eventuali risoluzioni dell'Autorità giudiziaria in caso di contestazione. È vero che l'Autorità giudiziaria, trovando fatto il lavoro degli elenchi, si adagia abitualmente su questo lavoro e non cambia sostanzialmente, almeno nei casi ordinari: ma non è men vero per questo che, senza una speciale

Digitized by Google

disposizione nella legge, il valore probatorio di questi elenchi non può ritenersi come assoluto ed esclusivo, tanto che l'Autorità giudicante non possa cambiarne i resultati per la questione che essa è chiamata a risolvere e non possa ammettere l'esperimento di altre prove per rettificare o cambiare le risultanze dell'elenco stesso. Certamente, per quanto questi elenchi vogliano considerarsi come esplicazione dell'impero dei pubblici poteri, tuttavia non escludono le contestazioni di diritto privato nè eliminano la competenza del giudice: d'altra parte, chiamare il giudice perchè intervenga in tali casi e togliergli la possibilità di risolvere in base a mezzi probatori diversi dagli elenchi, sarebbe una contraddizione sostanziale. In tale incontro sarebbe più logico escludere la competenza giudiziale e affermare magari la competenza amministrativa, p. e. quella della Giunta provinciale in primo grado. Ma può giustamente ritenersi che la controversia debba formare oggetto e contenuto di giustizia amministrativa? La pubblica Amministrazione qui non entra nè può entrare, se non in tanto in quanto si tratta di dare una sistemazione generale al territorio, sotto il punto di vista piuttosto di polizia o politico, che non sotto altro riguardo. Ma qual sistemazione territoriale è in giuoco qui? Come in queste cose entra il concetto di polizia rurale? oppure quello d'igiene, oppure, sotto qualche altra forma, il concetto del pubblico interesse? Si può accettare la formazione degli elenchi come lavoro attinente all'interesse della cittadinanza, in quanto si tratti di usi civici: ma anche in tal caso, per quanto vi entri la collettività, l'interesse è puramente patrimoniale e si connette sempre a questioni di mio e di tuo, a rapporti economici e di spettanza privata. Ed in tal caso non si può che ricorrere a quella magistratura che è competente appunto a determinare e delimitare i rapporti privati e dinanzi alla quale potrà agirsi, secondo le regole generali, o in petitorio o in possessorio, coi mezzi di prova prescritti e valutati a seconda delle circostanze, con tutta la procedura qual'è designata dalla legge.

E così, accanto o posteriormente al ricorso contro gli elenchi e senza pregiudizio per l'esito di questo ricorso, potrebbe farsi luogo al ricorso in via giudiziaria. Il divisato

Digitized by Google

procedimento della Giunta d'arbitri esclude esso le azioni giudiziarie di reintegrazione o manutenzione in possesso o di rivendicazione petitoria della proprietà o della servitù prediale di pascolo? Noi parliamo qui in tema *de lege condita*, in base al progetto ministeriale, di cui trattiamo, considerato come se fosse già legge. Quanto al petitorio, qui non si trova davvero una materia di rivendica. L'affrancazione è concessa all'utente come ad un domino utile: e la superficie del territorio di cui si concede l'affrancazione è determinata dalla Giunta d'arbitri, *iure imperii*, tenuto conto delle esigenze delle comunità. Qui dunque non vi è niente da rivendicare, poichè in sostanza la legge vuole che sia senz'altro determinato il fabbisogno per la pastorizia, e cioè che siano determinati i confini fra il territorio da sottoporsi alla pastorizia e il territorio la cui utilizzazione a pastorizia non è indispensabile. Insomma, le due affrancazioni contrapposte debbono servire alla doppia finalità di provvedere ai bisogni della pastorizia per la popolazione di cui si tratta e nel tempo stesso di eliminare l'uso come servitù di pascolo in esercizio implicante vincolo della proprietà. Il pascolo, per l'estensione che è necessaria ai bisogni della cittadinanza, d'ora in avanti deve dunque esercitarsi *iure proprietatis* e non più *iure servitutis:* e ciò appunto perchè si vogliono sopprimere questi usi come diritti reali e farli vivere soltanto come modalità d'esercizio della proprietà. Resta dunque la questione in possessorio come potrebbe esistere per qualsivoglia uso del fondo da una parte e dall'altra, ossia tanto dalla parte del proprietario prima vincolato dall'uso del pascolo, quanto da parte dell'esercente il diritto stesso di pascolo divenuto esso stesso proprietario del territorio sul quale il pascolo suddetto viene ad esercitarsi. Il caso dunque non si presenta come distinto dai casi generali di rivendicazione, di manutenzione, di reintegrazione: però queste azioni sopraggiungono quando l'opera della Giunta d'arbitri è compiuta e quando le cose sono andate a posto per una sistemazione definitiva. *Quid iuris*, se, ottenuta la concessione del territorio che si ritiene necessario per l'uso del pascolo, gli utenti invertano l'uso stesso ad una coltivazione più o meno intensiva? Essendo divenuti proprietari del territorio ceduto ad essi, non possono farne

Digitized by Google

quel che vogliono, fabbricarlo come lasciarlo incolto, adibirlo ad una o ad altra coltura? Qui si tratta di generalità di abitanti che prima esercitavano la servitù di pascolo, o di associazioni di cittadini; e però sempre di una collettività la quale dopo l'affrancazione per proseguire nello stesso esercizio della servitù di pascolo, non può invertire questo in altro uso se non trovandosi d'accordo per quella parte di promiscuità che il suo uso può presentare. Ma certamente non è impossibile che, di pieno accordo tra gli utenti, gradatamente si passi dal pascolo al semenzato e si sostituisca un'utilizzazione più proficua ad una meno produttiva: l'ente o associazione di fatto, che per i singoli suoi membri esercita il pascolo, può anche cedere insensibilmente e progressivamente a qualche nuova corrente economica od agricola e ad un certo punto, come se si trattasse di un semplice privato, può trovar conveniente di semenzare o forse anche di trattare a bosco quella data superficie che proviene dall'affrancazione ammessa da questa legge.

Ora tuttociò, naturalmente, accadrà o non accadrà sempre *iure proprietatis*, e cioè dopochè la proprietà sarà passata dal proprietario prima gravato di servitù all'utente divenuto proprietario o agli utenti formanti tutta una universalità: la quale ultima circostanza non cambia la posizione giuridica delle cose. Il diritto col quale i nuovi proprietari delle terre affrancate ne cambiano la coltivazione o piuttosto vi introducono una coltivazione (se e finchè questa è possibile per le condizioni del suolo) è un diritto pieno e perfetto, che non può ritenersi in modo alcuno limitato dallo scopo per cui originariamente fu concessa l'affrancazione; dappoichè coll'affrancazione stessa si è esaurita la portata e l'efficacia di un tale scopo. Del resto, sarebbe cosa incivile e nociva alla stabilità dei possessi ammettere l'annullamento della seguita trasmissione di proprietà per il solo fatto che siasi cambiato genere di coltivazione. Nè è detto che i territori così passati dai privati o dai Comuni alle università di utenti debbano restare presso gli utenti stessi perpetuamente inalienabili: questo non è detto nella legge, nè può essere voluto da un legislatore che certamente non può fare buon viso alla immobilità delle destinazioni. D'altro canto, per quanto la si-

Digitized by Google

stemazione che condusse all'affrancazione dei beni debba considerarsi come la sistemazione per il presente e per un avvenire illimitato (lo che appunto sta a riscontro della causa perpetua del rapporto di pascolo sul fondo serviente), essa tuttavia in sostanza è più che altro una liquidazione del passato, che non può continuare se non sott'altra forma, e cioè abolendosi il vincolo e riducendosi tutto ad un'altra ripartizione della proprietà della terra.

D'altra parte nè si potrebbe desiderare dal legislatore, nè il legislatore potrebbe dare una soluzione più stabile, se non lasciando continuare i vincoli antichi: la qual cosa appunto non si vuole, anzi si esclude per partito preso e come massima sulla quale non si debba più tornar sopra. Laonde, quando si è sistemata la proprietà territoriale in modo rispondente alle esigenze attuali della pastorizia, non si intende con questo di ritenere che non possa andarsi più innanzi nel progresso della vita agricola di quella data zona di territorio: talchè, se oggi su per le brulle balze di un monte si vedono arrampicarsi le capre e i montoni, domani sullo stesso luogo possano sorgere gli edifici di una stazione climatica o di un sanatorio, e gli armenti vadano altrove a pascere, oppure la popolazione rinunzi all'industria del pascolo per altre industrie, agricole o non agricole. Nessuno può scorgere tant'oltre nell'avvenire, da poter dire con certezza che la proprietà giungerà ad una data sistemazione, la quale non possa o non debba altrimenti mutare o trasformarsi: nella storia delle industrie la profezia dell'avvenire è ancora più difficile che nella storia civile e politica propriamente detta. Se si dicesse che non si può neppure escludere che per l'avvenire sia conveniente tornare al sistema della servitù di pascolo, non si direbbe neppure cosa assurda o del tutto improbabile: quantunque, sotto il punto di vista pratico, come implicitamente osservammo, questa ipotesi richieda la possibilità che il terreno, contemporaneamente dell'utilizzazione a pascolo, possa ammettere qualche altra utilizzazione, di coltura intensiva in ispecie. Finchè il suolo non potrà essere utilizzato proficuamente se non a pastorizia, è perfettamente inutile stabilire il pascolo come uso civico o promiscuo o individuale, come servitù prediale, piuttostochè come esercizio del diritto di proprietà, di cui

Digitized by Google

verrebbe ad assorbire tutto quanto il contenuto utile, oltre al quale o sopra il quale è inutile che coesista un *nomen proprietatis* il cui contenuto si traduca in un semplice dominio eminente contrapposto al dominio o possesso utile della servitù o dell'uso.

Allora per questa via si verrebbero a riprodurre i principali inconvenienti dell'enfiteusi e per conseguenza si dovrebbero richiamare gli inconvenienti stessi che condussero all'abolizione dell'enfiteusi o al favore accordato per l'affrancazione dell'enfiteusi stessa. Vero è che ai nostri giorni, con leggi eccezionali, comincia a spirare un'aura favorevole alle enfiteusi, perchè il frutto della terra vada abitualmente e direttamente a benefizio dell'agricoltore; e le aure novelle del socialismo, oggi appena tenui brezze ma domani uragano sterminatore, tendono a conservare il dominio eminente del vecchio proprietario e a vincolare ancora l'utilista al legame di una corrisposta che serva come di anello di congiunzione tra una vecchia ed una nuova distribuzione di ricchezza derivante dalla terra. E però, sotto il punto di vista della restrizione del territorio dovuto al pascolo, la diminuzione di superficie è appena compensata dalla maggiore e più forte affermazione del diritto di pascolo *iure proprietatis:* ma d'altro canto, è d'uopo notare che gli utenti della servitù di pascolo non possono d'ordinario agognare, nè vogliono, alla proprietà di un territorio che oltrepassi i loro bisogni per l'esercizio della pastorizia e che nella sua sterilità dia appena appena di che compensare gli oneri tributari. Questa è la spiegazione per la quale si rileva come non pochi di questi territori vengano ad essere abbandonati o siano finiti in proprietà delle comunità rurali; mentre nelle valli e nelle pianure la cosa è ben diversa: quantunque anche le gregge abbiano d'uopo di pascoli in pianura ove svernare e per le pianure possa meno assolutamente applicarsi quest'ordine di idee. Ma, ad ogni modo, anche per i pascoli pianeggianti è da notare che il terreno per una ragione semplicissima, e cioè per l'incuria dei proprietari, si mantiene inoperoso ad ogni altra coltura, che del resto, se esistesse (ed è possibile che esista), escluderebbe l'utilizzazione a pastorizia. Un giorno può capitare a queste terre di pianura un proprietario che

Digitized by Google

sia alla fine disposto ad azzardare capitale e lavoro in una coltivazione intensiva; ma allora questa coltivazione esclude già di per sè stessa la pastorizia: e il nuovo proprietario, discendente dagli antichi pastori, verrebbe su per giù a trovarsi nella condizione identica di un enfiteuta affrancante che non fosse stato mai pastore, nè discendesse o avesse causa da pastori.

E allora certamente la finalità del legislatore che abolisce la servitù di pascolo verrebbe a mancare; perchè il legislatore abolisce la servitù di pascolo non per abolire il pascolo, mentre a quest'ora di pascolo non potrebbe più parlarsi, essendosi sostituita al pascolo la libera coltivazione. Ma chi potrà frenare la trasformazione della proprietà e della coltivazione dei fondi, tali quali rispondono alle esigenze dei vari momenti storici dell'umanità? Non a tanto certamente mirano le leggi civili, neppure quelle relative alla proprietà; che anzi queste leggi sono piuttosto dirette a riconoscere e sanzionare alcuni stati di fatto che sono legati ad un possesso attuale: e difatti, quando la legge vuol trasformare la servitù di pascolo in proprietà col pascolo, intende farlo appunto per mantenere il pascolo e non tanto, anzi forse non affatto, per trasformare o modificare la ripartizione delle terre. Questo dev'essere il vero e sincero scopo del legislatore; che se, col pretesto di sopprimere l'onere reale, il legislatore mira anche ad una nuova distribuzione della ricchezza immobiliare, egli non è più il legislatore del diritto civile, ma diventa legislatore di un preteso diritto sociale, quasi sempre fatto a uso e consumo di idee politiche, ossia di idee soggette ad una variabile opportunità. Che del resto, per via del diritto civile e senza violarne le leggi fondamentali, si cerchi di giovare ad un paese eminentemente dedito alla pastorizia e i cui abitanti, per la situazione dei luoghi, non hanno altra risorsa; ciò naturalmente non è contrario ad alcuna regola di diritto nè ad alcuna massima o criterio di limite, e può anzi far contribuire al conseguimento di un fine pratico che oltrepassi i modesti confini di una legge patrimoniale. L'abolizione dei vincoli che inceppano il libero funzionamento della proprietà è uno scopo ormai ammesso e penetrato nell'ordine della nostra legislazione civile: anzi sembra che sia uno dei meriti principali dell'epoca nostra

Digitized by Google

e delle nostre moderne legislazioni. Non vorremo noi certamente restare attaccati ad una fisima, professata ormai da pochissimi: che cioè uno *ius optimum maximum* permanga sulla proprietà del suolo oltre i secoli; e che questo *ius*, pur passibile di restrizioni, di modificazioni nell'esercizio di usi e di servitù, di oneri reali e di indirette ripercussioni di vincoli personali, non possa alienarsi in forma di espropriazione per utilità di privati, e sia pure di una collettività di privati, indipendentemente da un vero e proprio servizio pubblico. Nel caso nostro si tratta proprio di alienazione forzata o di espropriazione per comodo dell'industria della pastorizia; quantunque, giuridicamente parlando, il fatto si traduca sotto forma di affrancazione, ossia di svincolo. Potrà dirsi che concedere lo svincolo a chi esercita un diritto frazionario della proprietà non è come concedere lo svincolo all'utilista od enfiteuta nell'enfiteusi, perchè quest'ultima gode di tutte le utilità del fondo enfiteutico e non di alcune soltanto tra queste utilità.

Si risponde quel che si è già detto in antecedenza: ed è che in fondi di tal fatta, allo stato attuale, non v'ha altra utilizzazione possibile da quella infuori della pastorizia, la quale costituisce l'unica ricchezza di certi territori, per la loro posizione soprattutto, poco favoriti dalla natura. Una nuova utilizzazione, diversa da quella finora adottata nei pascoli, se fosse stata possibile non solo ma anche attuata al momento in cui si trattò dell'affrancazione del pascolo, avrebbe potuto mutare i criteri della legge, ossia avrebbe potuto far sorgere il dubbio sull'opportunità ed anche sulla ortodossia di una soluzione che importi alienazione della proprietà. E per vero il progetto ministeriale non contiene un'espressione precisa dalla quale direttamente si deduca che l'affrancazione a benefizio degli utenti il pascolo sia ammessa solo quando quel dato terreno non possa essere adibito che a pascolo: ma, d'altronde, il ritenere indispensabile per una popolazione la continuazione dell'esercizio del pascolo implicitamente conduce a riconoscere che quel territorio, per il momento almeno, tenuto conto anche della povertà degli abitanti e dell'impossibilità loro di adottare dei bonifici per applicazione di colture intensive, oltrechè della natura dei luoghi,

Digitized by Google

e di questa impossibilità appunto in rapporto alla natura stessa dei luoghi, non può essere adoperato altrimenti che a pascolo. E si tratta anche di vedere persino quanta parte di questo territorio è necessaria al pascolo secondo i bisogni della popolazione: ma questo *minimum* di fabbisogno non significa già che il resto del territorio, da rimanere presso il proprietario liberato da ogni gravame, possa essere così facilmente adoperato per coltivazioni intensive o per utilizzazioni agricole. Questo non si sa: e resta sempre libero al proprietario dei fondi prima gravati di alienarli o affittarli per uso di pastorizia, oppure di adoperarli esso stesso in un modo qualsiasi per la pastorizia, quantunque egli li tenga presso di sè disponibili per qualsivoglia uso ed anche per un uso diverso dalla pastorizia.

D'altra parte, la sollecitudine del progetto ministeriale per i bisogni della popolazione locale è rivelatrice di un certo carattere d'interesse pubblico che si è voluto attribuire al progetto, sia pure coordinatamente o subordinatamente alle condizioni dei luoghi di fronte all'agricoltura e alle utilizzazioni agricole. Peraltro vi è questo in compenso: che generalmente un tale sistema di affrancazioni, o d'ordinario, diminuisce l'estensione dei territori soggetti a pascolo: poichè, mentre tutti prima erano tenuti a pascolo, ora l'utilizzazione a pascolo si restringe quasi sempre ad una parte soltanto di questi territori, o per lo meno il legislatore suppone che ciò possa avvenire in qualche caso, mentre in altri casi tutto quanto il territorio prima impegnato a pascolo rimanga impegnato a tale utilizzazione anche in seguito, talchè nulla ne rimanga più al proprietario da affrancare. Quindi vi è meno sciupìo di vincoli a carico della proprietà; e nulla più del puro necessario è dato all'esercizio della pastorizia, che in sostanza non si ritiene giovevole all'agricoltura e molto meno al progresso agricolo. Questo in fondo significa che il legislatore ha voluto serbare il giusto mezzo tra le due tendenze, ha voluto contentare gli uni e gli altri con un prudente eccletismo che lascia però l'adito a qualche preferenza nell'esecuzione pratica, a seconda che i membri della Giunta di arbitri, ovvero il Ministero si lascino dominare da una od altra corrente. E difatti il criterio della ne-

Digitized by Google

cessità della popolazione, quantunque a prima vista sembri un criterio assoluto, pure nella sua pratica esplicazione è tanto elastico da rasentare i limiti della vera opportunità o della utilità e da prestarsi a mille e mille criteri tra loro spiccatamente diversi se non contraddittori.

63. Ma il Senato apportò delle modificazioni a questo progetto, per quanto concordato tra Ministero e Camera dei deputati. Oltre ad alcune modificazioni di forma, delle quali è inutile tener conto, il Senato anzitutto modificò tutto quanto riguarda l'assicurazione del canone. L'ipoteca speciale sul fondo liberato e la priorità del grado di questa ipoteca su tutte le ipoteche iscritte anteriormente alla liberazione si mantennero nella prelazione del credito sugli immobili liberati dalla servitù, purchè l'ipoteca sia iscritta nei sei mesi dalla data in cui è divenuta definitiva la liquidazione del canone. Quanto alla prelazione è dunque la stessa cosa della priorità, perchè la prelazione stessa si afferma e si risolve in forma reale sul fondo gravato della servitù: la differenza non sta che nel rigore introdotto per l'iscrizione della relativa ipoteca, alla quale non può provvedersi che nel termine di sei mesi dalla data in cui è divenuta definitiva la liquidazione del canone, perchè il diritto relativo abbia la prelazione. Oltrepassati i sei mesi, può bene iscriversi l'ipoteca, ma questa non ha alcun effetto di prelazione sulle altre iscritte prima nel fondo stesso: altrimenti gli interessi dei terzi creditori ipotecari sarebbero troppo sottoposti alla causa dell'ipoteca e del credito. Basterebbe tener presente che l'ipoteca è data per garantire il canone annuo, per argomentare da questo che l'ipoteca deve essere più efficace di qualunque altra ipoteca, anche iscritta prima, per altre cause, ed anche preesistente alla legge del 1888; poichè da questo solo fatto, da questa sola causa sorgerebbe il diritto alla prelazione. Ma la cosa sarebbe troppo grave e il fine o la causa del diritto oltrepasserebbe l'efficacia del mezzo; poichè allora la prelazione del canone, come onere reale, non avrebbe punto bisogno di una qualsiasi iscrizione ipotecaria, e non resterebbe altro che dimostrare trattarsi di un canone sostituito all'esercizio di una servitù di pascere.

Digitized by Google

Se dunque si vuol ritenere la opportunità di una iscrizione ipotecaria con grado di prelazione sulle ipoteche passate (perchè queste ultime certamente erano state iscritte su di un fondo che si conosceva vincolato all'uso civico del pascolo, uso reale e inseparabile dal fondo, di cui diminuiva pertanto il valore commerciale, come una vera e propria servitù prediale), non si può certamente mantenere alla causa reale del credito garantito dall'ipoteca un'efficacia che oltrepassi senza limite la liquidazione definitiva del canone. Così i terzi che conoscevano l'onere reale di pascolo imposto al fondo e non possono ignorare la legge abolitiva dell'onere stesso, sono in certo modo diffidati sul valore di eventuali nuovi crediti ipotecari suffragati da iscrizioni posteriori: vuol dire che debbono attendere il decorso di sei mesi per vedere se il titolare o titolari della servitù di pascere o legnare o simili, sottoposta all'abolizione, abbiano curato di garantire ipotecariamente il canone sostituito all'esercizio reale della servitù. Poichè potrebbe anche darsi che l'ipoteca pel canone non si inscrivesse; o potrebbe anche più probabilmente darsi che non esistesse nemmeno la servitù alla quale il canone, ipotecariamente garantito, dovrebbe sostituirsi: or tutto questo il terzo non sa e di questo non si accorge, se non gli si dice quando fu resa definitiva la liquidazione del canone. Poichè egli così attende sei mesi da quest'epoca della definitiva liquidazione dei canoni in una data zona territoriale e forse in tutto il Comune entro cui si trova il terreno in questione, e se entro questi sei mesi non è iscritta l'ipoteca a garanzia del canone stesso, egli, da terzo illuminato sulla condizione del fondo su cui vuole garantirsi, può pure su di esso assumere un'iscrizione ipotecaria senza timore di vedersene diminuita l'importanza da una prelazione causale accordata all'ipoteca a garanzia di un canone sostitutivo di un onere reale del fondo stesso. A questo punto si può infatti essere sicuri che l'efficacia causale dell'ipoteca, appunto per riguardo all'onere reale sostituito dal canone pure reale, si è esaurita pienamente: dopo sei mesi dalla liquidazione potrà bensì iscriversi ipoteca per garanzia del credito rappresentato dal canone, ma questa ipoteca prenderà il suo grado cronologicamente come le ipoteche ordinarie e sarà del tutto

Digitized by Google

sfornita di ogni efficacia di prelazione, senza che i terzi abbiano d'uopo d'altro fuorchè del certificato ipotecario per rendersi ragione dello stato dei gravami sul fondo sul quale essi sperano di porre una garanzia più o meno efficace per il proprio credito.

La disposizione introdotta dal Senato, indubbiamente, è provvida e pratica quanto mai: dappoichè molte contestazioni toglie di mezzo e molto provvede alla tutela della buona fede dei terzi. Ancora, nello stesso articolo 6, il Senato affermò l'affrancabilità del canone secondo le prescrizioni della legge 24 gennaio 1864, n. 1636, e non secondo le prescrizioni del Codice civile che si era voluto richiamare nel progetto approvato dalla Camera dei deputati: e difatti l'affrancazione dei canoni enfiteutici, livelli, censi, decime ed altre prestazioni dovute a corpi morali è molto affine all'affrancazione delle servitù di pascolo. Si tratta sempre di oneri reali, cioè di pesi che gravano sul fondo e non sulla persona del proprietario del fondo stesso; ed il Codice civile non osta a quella modalità e a quei dettagli che si trovano in quella legge speciale e nelle leggi posteriori sulla materia, che tuttavia non sono richiamate nel testo senatorio. In altri termini si volle anche in questa occasione affermare la regola o principio assoluto dell'affrancabilità dell'onere di pascolo; il sogno del legislatore riformista, in armonia collo spirito dei tempi nuovi e col liberalismo giustamente invadente anche nel campo dei rapporti economici e patrimoniali. Il Senato volle inoltre modificare la composizione della Giunta d'arbitri, considerando questa come un vero tribunale giudicante, eliminandone la rappresentanza degli utenti e quella dei rispettivi Consigli comunali che rappresentano più o meno direttamente gli interessi in giuoco nell'affrancazione, o dalla parte dell'utente o dalla parte del proprietario: volle pure restringerne a tre il numero dei componenti, per formarne un collegio simile a un tribunale e per evitare la confusione che potrebbe sorgere da un troppo esteso collegio di arbitri. La Giunta si volle pertanto composta di tre arbitri: e cioè del giudice anziano del tribunale territorialmente competente, che la presiede, di un arbitro scelto dal presidente del tribunale e di un altro arbitro nominato dal prefetto

Digitized by Google

della provincia: un vice-cancelliere o vice-cancelliere aggiunto del tribunale stesso costituendosi cancelliere della Giunta. E, poichè parve ben grave che la Giunta d'arbitri decidesse definitivamente le controversie sull'affrancazione delle servitù di pascolo, si volle ammettere il ricorso al Ministero d'agricoltura contro le relative deliberazioni: ma intanto si riconobbe anche e si ammise l'appello vero e proprio alla Corte d'appello, quando si trattasse di questione sull'esistenza o sui limiti e sulla natura della servitù, colle forme del procedimento sommario e nel termine non più di sessanta ma di trenta giorni dalla notificazione della decisione della Giunta. Insomma, sembra che il Ministero sia competente sul calcolo dei corrispettivi e del fabbisogno ad una data popolazione; mentre la Corte d'appello sia competente sulle vere questioni di diritto e non sugli apprezzamenti desunti caso per caso dalle condizioni dei luoghi e degli abitanti: però si sarebbe desiderata una maggior cura nel determinare la distinzione delle due competenze. Dette inoltre il Senato alla Corte d'appello la facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria delle decisioni arbitrali sulla istanza *delle parti:* ma forse avrebbe detto meglio *a istanza della parte interessata,* perchè non è possibile concepire che entrambe le parti in causa siano d'accordo nel richiedere l'esecuzione provvisoria della sentenza arbitrale senza esser d'accordo nel ritenere per buona e irrevocabile la sentenza arbitrale. Naturalmente, se entrambe le parti avessero interesse a chiedere l'esecuzione provvisoria della sentenza arbitrale, cesserebbe la ragione del contendere in appello: quindi è piuttosto da considerare come una svista la formola adottata dal Senato e passata nella legge; mentre le parti, ricorrendo in appello, hanno dimostrato nel modo migliore che tra esse non vi era accordo di sorta.

Di più si accorse il Senato che la parte procedurale, come era stata elaborata dalla Camera dei deputati, era manchevole: perchè il dire che le Giunte prima di ordinare le loro decisioni debbano ordinare le perizie e le verificazioni ritenute opportune, ricevere le rimostranze relative, e possano interrogare tutti quelli che si ritengano al caso di fornire notizie ed elementi al riguardo, non è disciplinare i dettagli

Digitized by Google

e le fasi della procedura giudiziaria o quasi giudiziaria da seguirsi dalle parti interessate e dal collegio al quale propongono le loro ragioni. Il Senato volle che le parti siano intese personalmente o per mezzo di mandatario speciale; che presentino i loro documenti, memorie defensionali e conclusioni, sulle quali e non altrimenti debba la Giunta stessa emettere gli opportuni provvedimenti istruttori o pronunciare nel merito; che le Giunte possano ordinare i necessari mezzi istruttori; che la perizia (se ordinata) debba esser fatta da un perito solo; che la perizia sia per notificata alle parti coll'avviso datone agli interessati dal cancelliere del relativo deposito fatto nella cancelleria del tribunale; che le parti possano fare opposizione alla relazione peritale entro un mese dall'avviso e che questa opposizione debba essere depositata nella cancelleria del tribunale *per poterne le parti prenderne cognizione* (quale imperfezione di linguaggio in queste poche parole!) fra quindici giorni dal ricevuto avviso. Come si vede, questo complesso di norme, riprodotto tal quale nell'art. 11 della legge del 1888, esaurisce provvidamente tutta quanta la procedura indispensabile per l'espletazione del giudizio in forma regolare nelle sue varie parti e negli elementi essenziali della sua costituzione e del suo sviluppo.

Come è evidente, se mancassero queste indispensabili garanzie di forma, anche un procedimento sommario zoppicherebbe e non si potrebbe con animo tranquillo e senza pericolo di confusione o senza paura di parzialità proseguire sino all'emanazione della decisione arbitrale od arbitramentale che dir si voglia. Piuttosto un lato manchevole può ravvisarsi anche in queste disposizioni così come furono delineate dal Senato: sembra che non sarebbe stato inutile un richiamo alle regole della procedura ordinaria per tutto il resto non contemplato espressamente nel progetto e che il progetto stesso non avrebbe potuto ragionevolmente ripetere per dettaglio, perchè non vi è bisogno di riprodurre le leggi generali ad ogni caso singolo, quante volte implicitamente od esplicitamente non sia ad esse derogato, per ragioni attinenti ad un regime speciale nel caso ricorrente. Quanto alla formazione degli elenchi, essi furono attribuiti alla competenza dei prefetti sottraendoli a quella dei sindaci: e,

Digitized by Google

mentre per l'art. 12 del progetto concordato i sindaci stessi erano obbligati, entro quindici giorni successivi a quello in cui i ruoli fossero divenuti definitivi, a fare istanza al presidente della Giunta per la liquidazione ed assegnazione delle indennità, si ordinava senza prefissione di termine che gli elenchi per lo stesso effetto fossero trasmessi dalla Prefettura alla Presidenza della Giunta.

Ma è logica, è conveniente questa esautorazione dei sindaci e delle amministrazioni comunali che ad essi fanno capo? Con qual competenza la Prefettura procederà alla formazione degli elenchi, lontana dai luoghi e dai territori, poco a contatto colle persone, assorbita da molteplicità di cure che la conducono ad esaminare le questioni locali da un punto di vista piuttosto moderatore e preordinato all'osservanza della legalità, anzichè dal punto di vista (per così dire) creatore o constatatore di condizioni di fatto diverse da zona a zona, da Comune a Comune della provincia? E forse sarebbe stato meno male affidare la compilazione degli elenchi alle Sottoprefetture anzichè alle Prefetture: ma, ad ogni modo, anche l'intervento delle Sottoprefetture sarebbe caduto nell'inconveniente di ridurre al nulla l'attività e la competenza dei Comuni. Vi sono invece molti altri atti amministrativi che sono posti in essere, ossia preparati, proposti, dal Comune, e quindi resi esecutori dalla Prefettura: quali i ruoli delle imposte, la cui importanza e la cui efficacia non sono certamente da poco di fronte ai cittadini contribuenti. Ed è logico che il potere governativo si produca sempre nella sua veste di supremo moderatore dell'azione degli enti locali, e non abbia neppure la pretesa di assumere iniziativa di sorta nella vita locale di questo o quel Comune. E questo ragionamento non è soltanto buono in teoria; poichè praticamente la revisione degli elenchi che si facesse in Prefettura potrebbe essere condotta innanzi con tutti gli elementi di fatto dei quali potesse disporre la Prefettura stessa per compilare gli elenchi stessi secondo le vedute del Senato: talchè ad affidarne la compilazione ai Comuni e la revisione alle Prefetture non vi sarebbe in ogni caso nulla da perdere, ma tutto da guadagnare in fatto di accuratezza di procedimento e di bontà nei risultati.

Digitized by Google

Del resto, non vi sarà prefetto che possa procedere alla compilazione degli elenchi con sicurezza pari a quella di una amministrazione comunale, la quale è a conoscenza o può mettersi a conoscenza, assai più agevolmente, dello stato di fatto e dei bisogni locali, senza cadere in trascuranze od in omissioni od in esagerazioni: contro cui ad ogni modo potrebbe sempre esser dato il richiamo al prefetto in via amministrativa, prima che esso rendesse esecutivi gli elenchi stessi, con termini nè troppo brevi, nè troppo lunghi. Certamente, affidando al prefetto la compilazione degli elenchi, si è voluto diffidare dell'elemento locale e si è voluta tradurre la diffidenza in forma palese: mentre la Commissione della Camera elettiva non era giunta a tanto, con maggiore ossequio alle autonomie locali e fors'anche con maggiore correttezza: lo che, a nostro modo di vedere, non guasta nè compromette la rettitudine della procedura e la sincerità dell'esito: al modo stesso che avviene pei ruoli e per qualsiasi altra deliberazione del Consiglio comunale sottoposta al visto di esecutorietà da parte del potere governativo provinciale. Nè sembra vi sia ragione perchè in questo caso l'autorità governativa, attiva soltanto in quanto la sua azione è compatibile colla mancanza d'iniziativa, rinunzi al suo consueto sistema e divenga essa parte diligente (per così dire) nella redazione degli elenchi: e ciò a prescindere anche dalla grande probabilità che questo sistema produca spese maggiori e renda necessarie trasferte di funzionari dal capoluogo sopra il territorio di cui si tratta e che il Comune interessato venga a risentire i danni per queste maggiori spese, o vengano a risentirli coloro che debbono procedere all'affrancazione degli usi o servitù, attraverso alle anticipazioni addossate ai Comuni.

Contrariamente a quanto era stato reso obbligatorio pei sindaci nel progetto concordato tra la Commissione della Camera elettiva e il Ministero, non fu assegnato alcun termine ai prefetti per trasmettere gli elenchi al presidente della Giunta d'arbitri per la liquidazione ed assegnazione delle indennità agli aventi diritto. Noi non vogliamo dire che il termine dei quindici giorni prefisso ai sindaci fosse proprio l'ideale e ad un tempo la pratica più adatta a costituire una

Digitized by Google

buona procedura per la compilazione e l'attuazione degli elenchi stessi; tanto più che molte volte i termini più rigorosi, che non importino però la decadenza da un diritto, sembrano fatti apposta per essere violati. Ma ad ogni modo, tra il porre un termine convenientemente ampio e il non porne alcuno ci corre un bel tratto: ed è da riconoscersi che un certo termine posto alla trasmissione degli elenchi conferisce alquanto alla regolarità e alla ordinatezza delle operazioni che succedonsi per la formazione ed approvazione degli elenchi stessi. Il Senato introdusse poi anche la disposizione in forza della quale, se il Comune è proprietario ovvero utente nella servitù di pascolo, il prodotto dell'affrancazione va a suo benefizio, ed esso di questo prodotto può disporre a tenore della legge comunale e provinciale. Se noi non erriamo, questa disposizione introdotta dal Senato ci sembra inutile. Si sa infatti che, in materia patrimoniale, anche il Comune *iure utitur privatorum*, in quanto ha una personalità giuridica capace di diritti e di obbligazioni: poichè noi appunto ci troviamo in materia prettamente patrimoniale e non dobbiamo preoccuparci del fatto che il Comune, oltrecchè persona suscettibile di rapporti patrimoniali, sia anche un ente di diritto pubblico e dotato di funzioni politiche. Questo fatto ultimo non altera punto i rapporti fra utenti della servitù e proprietari dei fondi vincolati, fra chi affranca e colui contro o in confronto del quale si affranca: il rapporto sussiste sempre tale e quale come rapporto di diritto civile, quantunque si svolga in confronto di persone giuridiche o tra due persone, l'una delle quali sia ente amministrativo. Noi sappiamo che la capacità degli enti morali non differisce dalla capacità degli altri subbietti di diritto per l'oggetto del diritto stesso, ma soltanto per le modalità che accompagnano e regolano l'estrinsecazione di una tale capacità nei singoli rapporti di affari, volta per volta. È dunque per le modalità di siffatta estrinsecazione e il modo di disporre del prodotto dell'affrancazione che può sorgere il dubbio e si può chiedere quali disposizioni vogliano applicarsi: ma anche qui vi è la legge comunale e provinciale che si estende in regola generale a tutto quanto il patrimonio del Comune, senza distinguere la parte che proviene o può provenire da affran-

Digitized by Google

cazioni da tutto il resto del patrimonio comunale nella varietà dei suoi cespiti: e per questo noi dicevamo che il richiamo voluto dal Senato è superfluo, poichè anche senza di questo si applicherebbe egualmente la legge comunale e provinciale, non potendosi concepire che all'infuori di questa legge un Comune possa legalmente esplicare la sua attività patrimoniale, sia pure in rapporto ai proprii concittadini o per riguardo agli usi civici aboliti e alla loro affrancazione ed erogazione dei proventi dell'affrancazione stessa. Si vollero estese generalmente anche ai privati le disposizioni relative all'abolizione delle servitù di pascere, e specialmente agli ex-baroni sopra terreni comunali o particolari: rimase sempre fermo l'obbligo di pagare le indennità e il procedimento fissato per l'affrancazione delle servitù di pascolo in generale. Si provvide anche all'espressa abrogazione della notificazione pontificia 29 dicembre 1849, appunto in conseguenza dell'estensione del disposto della legge anche ai particolari. Il Senato volle altresì abolita l'azione popolare, alla quale la Commissione parlamentare aveva fatto così buon viso. In verità, sembra che di una simile abolizione non vi sia molto da rallegrarsi; il Ministero stesso ne aveva accettato il concetto nel disegno concordato, e non era il caso di trattare come un'utopia una istituzione, la quale avrebbe potuto dare in qualche caso frutti di pratica importanza. Le azioni popolari in genere sono tra le migliori e più splendide conquiste dell'epoca moderna sulla via delle riforme liberali e della pubblicità degli atti amministrativi: per lo meno, esse non fanno male a nessuno in modo alcuno. La Camera elettiva, col suo silenzio, evidentemente ha escluso l'azione popolare; e lo ha fatto senza dubbio nell'intendimento di rispondere alle sue tendenze conservatrici e di tradurre queste tendenze persino in una modesta legge attinente alla ricostituzione dei patrimoni privati. Non si tenne presente che questa legge costituiva una delle più potenti e decisive liquidazioni del passato e che, per ragioni di coerenza, avrebbe dovuto quindi ispirarsi a concettti di piena modernità, senza alcuna ripugnanza per il massimo della pubblicità e della libertà in tutti i sensi, in tutte le manifestazioni dell'attività liquidatrice e riordinatrice.

Digitized by Google

Accordando a *quisquis de populo* il diritto di agire in giudizio si oltrepassa bensì, ma non si danneggia, il rapporto d'indole privata: si oltrepassa, inquantochè ad una controversia che per esaurire il contenuto sostanziale al quale è diretta si deve svolgere tra utenti la servitù da un canto e proprietari di fondi gravati dall'altro, si dà un'estensione per ragione d'interesse pubblico, maggiore di quella che può avere nel campo del diritto privato, ma ad ogni modo senza cambiare nè metodo, nè procedura, nè finalità. Si vuole coll'azione popolare promuovere anche l'interesse della cittadinanza intiera nella sistemazione del patrimonio comunale o dei patrimoni più importanti del territorio comunale stesso: l'interesse vi è e non è male che a questo interesse si venga a dare anche un mezzo di estrinsecazione giuridica al di fuori della normale rappresentanza degli utenti. Si potrebbe rispondere che, o si tratta di proprietario o si tratta di utente, e allora l'uno di essi o la legittima rappresentanza della collettività degli utenti può dar vita all'azione giudiziaria; o non si tratta nè di proprietario nè di utente, e allora non si vede interesse sufficiente a promuovere l'azione giudiziaria. Ma non è giusto questo sistema di considerare l'interesse, come suol dirsi, a spanna di naso: un riordinamento completo di una parte considerevole della proprietà immobiliare di un dato territorio interessa tutta quanta la comunanza, se non direttamente, per lo meno indirettamente, per i rapporti che hanno tra loro le classi della cittadinanza colle classi rurali o le classi della cittadinanza tra loro o quelle rurali tra di loro. Una quantità di affari che cambiano il modo di svilupparsi dei diritti più vitali di una buona parte della cittadinanza si ripercuote su tutta quanta l'economia municipale, e non solo merita di far le spese delle conversazioni del giorno o dei pubblici ritrovi, ma anche di esser presa a base di azioni giudiziarie non meno intense e valide di quelle promosse dalle parti stesse direttamente interessate. Il concetto moderno della socialità nella trasformazione della ricchezza non potrebbe trovare migliore applicazione che qui: si tratta di venire quasi in aiuto degli interessati e di vigilare perchè non si conceda troppo territorio all'una o all'altra affrancazione, perchè non si ecceda, nè si difetti nella

Digitized by Google

misura dei compensi, perchè si tenga conto di tutte le osservazioni proposte prima in sede amministrativa, e che forse non furono accolte per ragioni viete e per condiscendenza. Si può dire che queste ed altre consimili ragioni di controversie giudiziarie non siano punto necessarie, ed anzi, peggio, si manifestino come oziose? Lasciando sole le parti a fronte le une dalle altre, sempre, senza distinzione di casi, di tempi e di luoghi, si disinteresserebbe completamente il resto della cittadinanza dalla questione degli usi civici? No certamente: soltanto l'interessamento non potrebbe essere spinto fino all'azione giudiziaria, fino alla procedura dinanzi ai magistrati o dinanzi alla Giunta arbitrale. Ma un interessamento ridotto o mantenuto nell'impotenza dei mezzi legali non è proprio il più adatto per l'educazione di un popolo alla vita civile: poichè l'impotenza accertata e continua nei mezzi legali induce agevolmente le masse all'uso dei mezzi illegali e le spinge verso l'abitudine della violenza e della prepotenza. Invece l'azione giudiziaria risparmia perfino il vaniloquio degli sfaccendati da caffè o da farmacia, dà corpo alle pretese, chiama al cimento o alla responsabilità dei pubblici giudizi coloro che vorrebbero mantenere la propria libertà di sentenziare a diritta e a manca senza incontrare qualsiasi responsabilità e senza assumersi la prova delle loro pretese o la dimostrazione delle asserzioni loro.

Del resto, molte volte nei piccoli centri rurali dal pettegolezzo quotidiano si può desumere il mezzo per ricostruire tradizioni antiche del luogo, le quali fossero andate smarrite o si fossero trasformate attraverso i tempi tanto da perdere la loro impronta originale o da non lasciare una traccia visibile o durevole nella vita del paese. E, siccome queste servitù di pascere o questi usi civici risalgono a tempo antichissimo e quasi immemorabile, la tradizione orale dei seniori del luogo è elemento importantissimo e validissimo per la ricerca dello stato di fatto e per controllare le risultanze dei documenti o supplire alla mancanza dei documenti stessi. Senza dubbio, non si può obbligare tutto il paese a venire dinanzi alla Giunta di arbitri o dinanzi al magistrato ordinario nè come parte, nè come teste; ma se vi è della gente di buona volontà, la quale non solo voglia pre-

Digitized by Google

sentarsi a testimoniare, ma anche abbia intenzione di sostenere tutta quanta una lite, sembra non sia il caso nè valga la pena d'impedirlo.

S'intende però che l'azione popolare debba essere spogliata di quell'eccessivo ideale di cui l'avvolge la teoria; e specialmente voglia considerarsi, come, quando la sua temerità non sia convenientemente infrenata, possa anzi servire molto bene quale strumento di ricatti e di estorsioni. Ma questo è inconveniente possibile in qualunque specie di azioni popolari, anche se non abbiano per obbietto le servitù prediali o i cosiddetti usi civici: nè si viene ad escludere l'opportunità di preoccuparsi per gli abusi, neppure allorquando si tende a ridurre l'interesse quantitativamente necessario come minimo per poter promuovere un'azione popolare. Se si dice che un paese vive di pastorizia, s'intende alludere alla maggior parte degli abitanti del paese stesso; s'intende parlare di abitudini e di attitudini costanti della generalità, s'intende riferirsi al modo di vivere di tutto quanto un aggregato di popolazione: non già nel senso che gli abitanti tutti, dal primo fino all'ultimo, esercitino la pastorizia, nè che tutti vadano direttamente a condurre il gregge al pascolo, ma nel senso che la maggior risorsa, diretta o indiretta, del paese deriva dalla pastorizia e dai prodotti del gregge, trasformati in più e più modi sul luogo stesso dei pascoli, ossia della produzione. Ed è naturale allora che alla servitù o all'uso civico del pascolo, più o meno indirettamente, siano interessati gli esercenti, dal pizzicagnolo e dal macellaio al lattaio e al tessitore: esercenti i quali possono trovare assai più conveniente la materia prima sul luogo anzichè a distanza, sia per diminuire la spesa di acquisto e sia anche per sorvegliare meglio la qualità. Senza di ciò non si potrebbe ritenere che tutto il paese vive sull'industria della pastorizia, ma solo che una parte della popolazione, e cioè i conduttori del gregge, hanno interesse al mantenimento dei pascoli indispensabili alle risorse del paese, sotto una od altra disciplina giuridica. Non è esagerazione il dire che nei piccoli paesi di montagna tutta quanta la popolazione ordinariamente può contare sul ricavato dall'industria pastorale: talchè la trasformazione della pastorizia importa

Digitized by Google

anche trasformazione di tutte le industrie che alla pastorizia si connettono e che ne dipendono. E possono essere moltissime queste industrie, di una gradazione svariatissima e legate da un vincolo, più o meno prossimo o remoto, all'esercizio della pastorizia. Non di rado, attraverso i pettegolezzi e le intemperanze, può sorgere un'idea buona alla quale sino allora non si era pensato; e quest'idea può illuminare così le Giunte d'arbitri come i magistrati ordinari, ma le prime soprattutto; specialmente quando vi è da scegliere tra una od altra zona di territorio da riservare al pascolo o da affrancare. In una parola, non si vede ragione perchè col silenzio siasi voluta abolire l'azione popolare nel caso delle servitù di pascolo; dal momento che nell'ipotesi speciale gli inconvenienti della procedura relativa non sono certamente maggiori di quelli ordinari o possibili in tutte le azioni popolari: nè è da pretendersi che accanto all'uso moderato e logico non sorga l'abuso e la deviazione dallo scopo. Ma, potrà dirsi, se si accorda azione popolare, ossia azione a *quisquis de populo*, perchè non accordarla, per la medesima ragione, al Comune, quale rappresentanza di tutto il popolo? E quì, per rispondere, conviene esaminare molto davvicino il concetto della rappresentanza municipale e la sua portata. Sotto il punto di vista patrimoniale, il Comune non rappresenta i singoli o il popolo collettivamente, se non in quanto essi possano avere degli interessi *uti universitas:* mentre l'azione popolare provvede all'interesse che *quisquis de populo* può avere singolarmente e che tutti o ciascuno hanno *uti singuli.* A questa rappresentanza dei *singuli cives*, sia pure in quanto agiscano o abbiano interesse di agire *uti cives*, non può rispondere certamente il Municipio; perchè, quantunque la qualità di cittadini spieghi l'interesse del singolo, tuttavia non si tratta della collettività o della cittadinanza complessivamente considerata come unità di soggetto giuridico e come unità di rappresentanza giudiziaria. Il dire che un tale ha diritto o interesse determinato *uti civis*, già significa staccarlo dalla cittadinanza di cui fa parte e considerarlo come singolo, individualmente per suo conto; senza che la sua qualifica di cittadino valga a farlo considerare come assorbito nella collettività proprio nel momento in cui

Digitized by Google

se ne stacca per realizzare un diritto o un interesse che non refluisce a lui attraverso alla collettività e che egli non è punto obbligato a mettere in comune. Staccato una volta dalla cittadinanza come collettività, pure restando *civis* così nella capacità come nell'esercizio del suo diritto, non sarebbe esatto obbligare questo singolo a valersi dell'azione intermedia della comunità per realizzare le sue pretese attraverso la procedura giudiziaria.

64. Il progetto, così modificato dal Senato, fu accolto dal Ministero di agricoltura, che con queste modificazioni lo ripresentava alla Camera elettiva nella tornata del 27 aprile 1888, coi consueti elogi di prammatica e sostenendo che il Senato, senza alterare l'economia della legge ne aveva migliorato singole disposizioni. Ma non ugualmente la pensò la Commissione referente alla Camera dei deputati e per quella lo ZUCCONI con relazione 1° giugno 1888: poichè, pur proponendo l'approvazione del disegno di legge tale e quale era stato votato dal Senato, metteva in luce alcune contraddizioni ai principii prima accolti e sostenuti nel testo della Camera elettiva. E prima di tutto e soprattutto si prese in esame la modificazione apportata all'art. 15 del testo della Camera elettiva. Se il Comune è il proprietario o l'utente della servitù (leggesi nel primo capoverso dell'art. 15), il prodotto dell'affrancazione va a suo beneficio ed esso ne dispone a forma della legge comunale e provinciale.

Ora si sono, nella relazione ZUCCONI, fatte separatamente le due ipotesi del Comune utente e del Comune proprietario e ciò per dimostrare che in entrambe le ipotesi stesse la disposizione aggiunta all'art. 15 non va. Se il Comune è proprietario (si notò), l'aggiunta dell'art. 15 potrebbe suonare nel senso che il Comune, procedendo all'affrancazione, potesse far sua anche la parte che cedevasi a titolo d'indennizzo, escludendo così affatto gli utenti e liberando il fondo senza il pagamento di alcuna indennità: se il Comune invece è utente (si notò pure), l'aggiunta stessa potrebbe essere interpretata nel senso, che, anche quando i diritti di pascolo spettino alla generalità degli abitanti del Comune, sol perchè ad esso ne competa l'amministrazione o una parte di godi-

Digitized by Google

mento, il Municipio possa convertire il tutto in beni patrimoniali propri, con esclusione degli utenti. Questo equivoco, evidentemente, origina dal sistema della doppia affrancazione, di cui abbiamo parlato e che trova la sua sanzione e il suo accenno nell'antipenultimo comma dell'art. 9 della legge. Il proprietario affranca il suo terreno dal vincolo del pascolo, e, invece di pagare in contanti il corrispettivo dell'affrancazione, lo paga o dà sotto forma di parte dell'immobile che era prima gravato e che passa agli utenti mercè reciproca affrancazione, in piena e intiera proprietà: affrancazione dunque da una parte, e affrancazione dall'altra. Se il Comune è proprietario, va a suo benefizio il canone che gli utenti pagano per l'affrancazione ossia per l'acquisto della proprietà su quel fondo o parte di fondo gravato di servitù di pascolo che ora come tutto il resto del territorio si vuole svincolato e libero da ogni servitù e destinato al pascolo *iure utilitatis* o *iure utili proprietatis*, talchè l'utente delle servitù divenga ormai utilista di tutta quanta la proprietà cogli usi e facoltà che ad essa sono inerenti. Se il Comune è utente, i proprietari, per liberare dall'esercizio della servitù il superfluo all'uso della servitù stessa, debbono affrancarlo non già dando denaro per una volta tanto o sottoponendosi ad un canone, ma trasmettendo le terre indispensabili all'uso del pascolo, e cedendole in piena proprietà agli utenti.

Insomma, se nel rapporto di pascipascolo entra il Comune o come proprietario sottoposto all'utenza o come utente, egli deve avere o terra affrancata in piena proprietà, o canone di terra affrancata a benefizio del libero pascolo *iure proprietatis*. Se la legge ha impropriamente chiamato affrancazione la sottoposizione ad un canone e la conseguente trasformazione di un esercizio *iure servitutis* in un esercizio a tipo enfiteutico, non importa: la sostanza è questa, che il Comune deve avere nel primo caso terre libere da servitù, nel secondo caso un canone quasi d'enfiteusi; e questo, con diversità per ciascuna delle due ipotesi dall'altra, costituisce il prodotto dell'affrancazione di cui all'art. 15. Così, affrancazione propriamente detta o più esattamente (per servirci di un termine altrettanto espressivo quanto coniato per la circostanza) enfiteuticazione della parte di fondo sottratta o

Digitized by Google

della parte mantenuta all'esercizio della servitù: e il Comune, se era proprietario o utente, evidentemente deve partecipare al prodotto della sistemazione di quella zona territoriale.

La Commissione della Camera elettiva, invece di portare la sua attenzione sulla radice dell'equivoco e di ritoccare e render più chiaro l'art. 9, ventilò la proposta di sopprimere quella parte dell'art. 15: ma la maggioranza non trovò fondato il dubbio, scorgendo l'interpretazione sospetta in contraddizione con tutto il testo della legge e specialmente col disposto degli art. 2, 3, 4 e colla prima parte dello stesso art. 15; poichè da quelle disposizioni si evince come la parte dei beni o il canone ceduto in indennità dell'affrancazione debba sempre andare a benefizio di coloro che prima godettero dei diritti affrancati.

Questo espose il relatore della Commissione della Camera elettiva: ed aggiunse che il ministro, chiamato a dare schiarimenti in proposito, dichiarò che con tale aggiunta si intese di spiegare come nella parola *ente*, adoperata nel primo comma dell'articolo, si voglia compreso anche l'ente Comune, perchè, se il Comune è proprietario dei beni gravati dalle servitù o diritti da redimersi, ad esso spetta la parte da rimanere affrancata, andando a profitto degli utenti la parte che si cede in corrispettivo della seguita affrancazione; e, se per contrario l'ente Comune e non gli individui che lo compongono fu l'utente di quei diritti, qualora il provento dell'uso siasi erogato anteriormente in tutto od in parte a utile dell'erario comunale, vada ad incorporarsi nel suo patrimonio quella parte, che gli sarà assegnata come indennità dal proprietario dei beni affrancati. Nè gioverebbe il dire, si osservò, che con questa disposizione, anche presa nel senso ristretto ad essa attribuito, si vengano a sanzionare le frequenti usurpazioni, che a danno degli utenti furono operate dalle amministrazioni comunali lungo il corso dei secoli: perchè, o queste usurpazioni sono di data recente, ed allora gli interessati possono mostrarne l'ingiustizia alla Giunta di arbitri e chiedere quindi la relativa rimessione *in pristinum;* o esse hanno origine da tempo immemorabile, e allora non è la nuova legge, ma il tempo trascorso che le sanziona colla sanatoria della prescrizione. Ma vi era proprio bisogno di

Digitized by Google

spiegare che il Comune si considera come ente ed è sottoposto alla disposizione generica della prima parte dell'articolo 15; e vi era bisogno di aggiungere chiarimenti circa il modo di disporre del provento dell'affrancazione? Forse si riteneva di dover fare una legge da interpretarsi col criterio degli agricoltori o dei pastori e non si pensava che anche costoro hanno bisogno dell'opera dei giureconsulti e degli avvocati: e perciò si tirò innanzi colla massima indifferenza, anche quando la sintassi zoppicava e la redazione era poco chiara, e si volle ammanire un insieme indigesto e poco armonico.

Certamente questo progetto serbò una notevole impronta dell'indole del suo relatore alla Camera elettiva; indole, che, del resto, è comune a tutta la regione alla quale egli apparteneva e che si può riassumere in una parola sola, ma abbastanza eloquente, nella parola: arrendevolezza e fretta nell'arrendersi. Sembrava quasi che la cosa pubblica dovesse soffrire da un qualsiasi ritardo nella promulgazione della legge abolitiva: ma non sarebbe stato quasi lo stesso se la legge, anzichè promulgarsi nel giugno, fosse stata promulgata nel dicembre 1888 con sensibili miglioramenti di sostanza e di forma? Anzi, per vero dire, non sarebbe stato forse meglio? Ma si disse che le lacune non rattenevano la Commissione della Camera elettiva dall'insistere per l'approvazione intiera del progetto di legge tal quale era stato rimandato dal Senato alla Camera, poichè esso segnava un passo notevole nella nostra legislazione in materia, stabilendo a benefizio delle popolazioni utenti delle servitù civiche principî fin quì non accolti con troppo favore, ma di utilità economica pratica e di evidente giustizia, e valendo a distogliere la proprietà rustica di provincie fertilissime da vecchi vincoli inceppanti lo sviluppo e il progresso dell'agricoltura. Il Parlamento si trovava in uno scorcio di lavoro e da secoli le popolazioni interessate attendevano: pertanto si volle troncare ogni indugio e bandire solennemente il verbo dei nuovi tempi; la libertà dei fondi rustici da ogni onere reale di pascolo, da ogni vincolo contrario alla libera commerciabilità ed al pieno esercizio della proprietà. È forse questa la salvezza dei popoli o la panacea univer-

Digitized by Google

sale? Noi vedemmo che no: poichè non basta avere la libertà, ma conviene che vi sia il comodo o il tornaconto a metterla in opera; conviene che la libertà, anche economica, rappresenti un mezzo per aumentare la ricchezza dei popoli. Senza di ciò i popoli stessi per i primi rifiuteranno la libertà e preferiranno l'agiatezza, a meno che altre ragioni poziori del benessere materiale facciano propendere la bilancia dalla parte del disinteresse. Orà, per venire al caso nostro, dobbiamo tornare all'ipotesi già fatta in addietro, che cioè il terreno che si tratta di affrancare per restaurarne la figura giuridica della piena proprietà non sia adatto ad altra e diversa utilizzazione, da quella infuori della pastorizia: terreno ingrato e non riducibile ad una coltura intensiva, se non con grave dispendio e con poco tornaconto; terreno sassoso o roccioso o cretoso e poco dissodabile; terreno irregolarissimo, scosceso, dirupato, accidentato, per il quale soltanto le capre possono avventurarsi; zone in cui neppure forse sono praticabili sentieri atti al passaggio delle persone; luoghi nei quali neppure un cacciatore col suo cane potrebbe spingersi con sicurezza della sua persona; strati poco solidi ed esposti a frane continue, nei quali pure il fabbricare riuscirebbe malagevole. Molti di questi terreni, in origine e successivamente, non si vollero da nessun privato; talchè ordinariamente, nel corso dei tempi, considerandoli quasi come terreni *nullius*, il Comune vi stabilì per sè una sorta di dominio eminente, poco curato e meno esercitato, se non forse nelle grandi occasioni e più con impronta di supremazia territoriale politica, che come atto di proprietà privata vera e propria. Perocchè è da ricondursi a quei primi tempi, nei quali tra Comune e Comune vi era non solo rivalità di territorio, ma anche rivalità politica vera e propria; e quindi l'essenziale era per ciascun Comune affermare sovranità territoriale maggiore in confronto coi Comuni vicini; non tanto già di arricchirsi coi pascoli, di così poco reddito e malsicuro per la nullatenenza ordinaria degli utenti. Ecco l'origine della comunaglia del pascolo: disordinata prima e quasi tumultuaria, in cui i cittadini, approfittando della poca sorveglianza territoriale esercitata per conto del Comune, tendevano certamente a sopraffarsi l'un l'altro per

Digitized by Google

qualità e quantità di pascoli usati; quando pure non si fossero messi d'accordo tra loro per costituire e contrapporre delle associazioni di fatto ad altre associazioni o a utenze isolate.

Più vicino a noi sorse e si perfezionò il concetto dell'amministrazione o della gestione, distinto e staccato dal concetto della politica o del feudo: e questo concetto amministrativo condusse al regolamento delle utenze civiche, all'ordine nell'esercizio delle servitù di pascolo, non più tumultuario o violento, ma sottoposto oramai a certi turni di successione e di scambio tra utente e utente, alla considerazione del fabbisogno di ciascuno degli utenti stessi a seconda anche delle condizioni della rispettiva famiglia, a seconda i fuochi classificati con criteri di popolazione più o meno rigorosi, ad un cumulo di sanzioni proibitive alle quali non sarebbe stato facile di sottrarsi nè sempre nè spesso.

Infine viene la circoscrizione amministrativa propriamente detta, con la tutela e la sorveglianza degli enti governativi, con sistematiche impronte di autorità gerarchica, con facoltà di reclamo a qualche forma di giurisdizione amministrativa oppure dall'amministrazione meno informata all'amministrazione meglio informata. In questo periodo il diritto pubblico moderno estende la sua influenza direttamente e molto davvicino sul rapporto di diritto privato: si vanno a ricercare le origini di una specie di dominio eminente negli enti pubblici e si dimostra come e quanto la popolazione abbia ragione a conquistare o *uti universitas* o *per singulos cives* la parte utile di questo dominio; al modo stesso che le campagne circostanti ad un ruscello si appropriano l'acqua che refluisce dal letto del ruscello stesso e ne trabocca al difuori. Il lungo esercizio del diritto di pascolo in un dato modo anzichè in altro modo, in concorso con altri usi contemporanei o coesistenti, e la immanenza di questo esercizio sempre in un luogo determinato dettero origine alla opinione di un diritto privato radicato e immanente su di una data parte di territorio e non sulle altre parti; trasformò la comunione *pro diviso*, talora e in taluni luoghi, in comunione *pro indiviso* con tutto il contenuto proprio di un diritto privato ed esclusivo. Or dunque, per il lungo de-

Digitized by Google

corso del tempo, il diritto può essersi trasformato da pubblico in privato, o può avere cambiato di base o di natura? No: il diritto è sempre quello, e soltanto l'utilità dell'esercizio del diritto stesso, per legge di economia giuridica e di progresso, reagisce sul dominio eminente, come ogni sistema pratico od efficiente reagisce su di ogni sistema teorico od imponente, nel senso che finisce coll'assorbire in sè e caratterizzare tutto quanto il rapporto per l'utilità di cui esso è capace.

L'origine di questa specie di servitù sembra radicarsi almeno in parte in una struttura di diritto privato, poichè gli abitanti del Comune godono *uti singuli* e non *uti universitas* del diritto di far pascere la loro greggia su quel suolo di proprietà privata: sono dunque singoli gli utenti, singoli i gravati; nè interessa che gli utenti usino *uti cives* e i gravati lo siano *uti cives* anch'essi o *ratione territorii*, poichè in ogni caso il rapporto è da privato a privato e non dal Comune al privato, in origine. L'uso limitato rende possibile la persistenza di un *optimum ius proprietatis*, per quanto falcidiato, nel privato. Accanto a queste proprietà private vi erano le proprietà comunali: private anch'esse bensì, ma un po' per incuria amministrativa dei Comuni stessi, un po' per mancanza di tornaconto ad una coltivazione in economia, quasi abbandonate a precarie occupazioni od utilizzazioni dei cittadini *uti singuli* e fors'anche talora a costoro espressamente assegnate. Non si potrebbe dire che anche in questo caso la *civitas non uteretur iure privatorum;* perciocchè la differenza tra la proprietà municipale e la proprietà del singolo non sta che nel diverso modo di usare delle stesse facoltà sulla cosa in rapporto a diverse vedute economiche ed amministrative, a diversa diligenza agricola, a diversi disegni, a diversa convenienza d'impianti, a diverse opportunità commerciali, a diverse vedute di trasformazione dei prodotti di una od altra utilizzazione agricola. Molte volte il Comune lasciava fare i privati ed in ispecie i capi di famiglia, i quali direttamente utilizzavano il terreno, dei cui prodotti evidentemente non erano punto interessati od obbligati a chiedere alcun resoconto alla responsabilità degli amministratori comunali: la confusione dei diritti e degli

Digitized by Google

interessi, da una parte e dall'altra, operava di fatto e molto eloquentemente, quantunque senza atti o contratti espressi. Poi viene il barone feudale, si dice, e usurpa; e vengono di conseguenza le usurpazioni territoriali dei signori feudali sui Comuni.

Ma poi si riconosce che in tali usi vi fosse l'investitura sovrana e che questa investitura, pur nascondendo una spogliazione politica di un diritto puramente civile, costituisse pur un certo titolo storico di cui in talune circostanze non fosse inutile nè fuor di proposito tener conto. La spogliazione colpiva le *universitates civium:* ma il feudatario, riconoscendo la irregolarità nell'origine dei suoi possessi, e stretto dal bisogno di una certa popolarità a ricambio della fedeltà e dell'attaccamento dei suoi vassalli, anche tenuto conto della natura del suolo, non tardò gran fatto ad ammettere che i terrieri, divenuti suoi sudditi, continuassero ad avere *iure civico* l'uso delle terre feudali per il reddito necessario al mantenimento loro e della famiglia. Ne venne un diritto di uso, sostituito al diritto civico sui fondi che si ritennero usurpati dai feudatari: ogni cittadino fu riconosciuto nel godimento quasi di uno *ius primaevum*, ossia di un diritto naturale inviolabile dallo stesso imperatore. Si disse trattarsi di uno *ius proprium uniuscuiusque universitatis*, di un godimento che alla *civitas* spettava *iure naturali, adeo ut insuper regem nemo ei tollere potest.* Per tal ragione, trattandosi quasi di un diritto reale dei fondi, esso era trasmesso da proprietario a proprietario, da feudatario a vassallo, all'atto della trasmissione del fondo; avvenisse pure una tale trasmissione col mezzo politico dell'investitura o creazione del feudo: ed anche se nell'atto d'investitura non ne fosse fatta menzione espressa, il vincolo persisteva egualmente a favore degli abitanti del luogo, ai quali non si sarebbero potuti togliere d'un colpo i mezzi per vivere fino allora così modestamente e onestamente goduti coll'esercizio della pastorizia. Il De Luca notava: *baro seu dominus, qui vult in suo incolas et vassallos, ne isti inermem vitam ducant, tenetur eis dare elementa necessaria, seu permittere quod illis fruantur, et consequenter hoc ius lignandi, aquandi et pascendi pro usu proprio et pro solo*

Digitized by Google

iure civico. E questo *usus civium non poterit alienari ab universitate nec suo debito universitatis:* e cioè non poteva alienarsi neppure per soddisfare un debito contratto dall'*universitas* come tale ossia nell'interesse collettivo e non individuale dei singoli *cives* che la componevano.

Come si vede, la figura giuridica di questi usi civici, più o meno apertamente in lotta col concetto rigoroso di proprietà piena (ma non certamente più in lotta di qualsiasi altro *ius in re aliena*), si venne costituendo a gradi e non di tratto nè improvvisamente nè da tempo, come suol dirsi, immemorabile: ma le sue affermazioni più importanti sono collegate con date più o meno storiche e si dispongono accanto ad una tela di fatti, la cui coordinazione è logica abbastanza e abbastanza regolare per dar luogo ad una speciale pagina di storia interna, alla quale nulla manca di date approssimative, se se ne toglie forse il punto di partenza. Nè manca qualche questione elegante di storia del diritto a proposito dello svolgimento degli usi civici: come quella se il nesso di essa col feudalismo fosse stato anteriore o posteriore alla proprietà comunale sui terreni sottoposti al pascolo per uso dei cittadini. Però tanto di storia interna che valga a spiegare e ricostituire l'ossatura del diritto di pascere nella sua finalità e nella sua struttura ci pare che ve ne sia e ci sembra che rimanga assodato anche di fronte alle maggiori diffidenze e cautele dei critici moderni.

D'altro canto, il calcolare con troppa minuzia il fabbisogno diverso dei tempi, dei luoghi e delle popolazioni è impresa piuttosto d'indole statistica che non di storia giuridica: la constatazione dei bisogni economici d'una data comunità è connessa colla ricerca del consumo e della ripartizione della ricchezza, è di una variabilità grandissima e può anche far parte di una storia dell'agricoltura e della pastorizia e industrie affini. Ma intanto tutta la costruzione di una storia interna è qui: e qui si può trovare la spiegazione della legalità che il lungo uso ha conferito a questo esercizio, che forse mai non può ritenersi, neppure per le sue origini, completamente o patentemente abusivo, stando alle necessità degli utenti e alla volontà loro, per nulla diretta a negare la pienezza dei poteri giuridici inerenti al

Digitized by Google

diritto di proprietà e senza pretese che oltrepassino un umile godimento di fatto. Si dirà che intanto esiste, con qualunque animo sia fatta, una certa violazione dei diritti della proprietà: ma, ad ogni modo, senza intenzione negatoria del diritto di proprietà, se non altro, questa violazione è meno grave. E poi consideriamo che essa è dovuta piuttosto alla miseria: l'accattone che ruba una pagnotta di pane ad un fornaio non ha nè l'*animus lucri faciendi*, nè l'*animus negandae proprietatis* e neppure quello *adfirmandi iuris sui*; egli ha una sola intenzione, rispondente a un bisogno che non può essere dilazionato, e cioè l'intenzione di sfamarsi per non cadere inanimato a terra. Lo stesso presso a poco, quantunque con minore urgenza, chiede il pastore: ed è contrario ai fatti il voler sempre ingrossare la questione e assorgere all'importanza di una costruzione giuridica, quando non si tratta che di una semplice questione di disagio patrimoniale.

In tal caso si sposta artifiziosamente la posizione delle cose per darsi il lusso di fare dei ragionamenti giuridici, che naturalmente conducono molto più lontano dei fatti: ma certamente non è fuor di luogo preoccuparsi delle conseguenze giuridiche di un tale stato di fatto, dovute più che altro alla necessità impellente, *quae non habet legem*. E le conseguenze giuridiche, fino ad un certo punto e per un certo tempo, possono ridursi ad un semplice precario: ma poi, per decorso di tempo e per consolidazione di facoltà, si passa al diritto come pretesa dell'utente, come affermazione contrapposta alla pienezza del diritto di proprietà. E allora i precedenti storici cominciano a diventare veri precedenti giuridici; la dimostrazione, se non più interessante, si fa più difficile sia per sostenere i diritti della proprietà come per appoggiare i diritti di uso alla proprietà stessa contrapposti.

Se di fronte a questi diversi e cozzanti interessi, maturi alla costruzione giuridica, viene il legislatore e tronca tutto con una legge eversiva degli usi, la sua è intromissione violenta, abortiva e quasi rivoluzionaria: ma, se una tale abolizione non è senza strascichi o conseguenze, certamente la legge eversiva offre delle difficoltà non lievi per la liquidazione del passato. Questo è avvenuto infatti per la legge abolitiva delle servitù di pascere e legnare nelle provincie ex-ponti-

Digitized by Google

ficie, che rimasero alquanto arretrate alle altre provincie o agli altri vecchi Stati che poi costituirono il regno italiano attuale, nella sistemazione di questi importanti rapporti territoriali. E di vero, nelle provincie meridionali già costituenti il regno delle due Sicilie, le servitù di uso civico furono abolite mediante divisione dei fondi gravati da questi usi tra l'ex-feudatario e le comunità utenti, insieme a tutte quante le servitù feudali; e ciò si deve, nel 1806, a Gioachino Murat, al quale gratitudine di popolo fruttò una medaglia d'oro colla leggenda: *Agro publico restituto, servitutibus abolitis.* Fu un taglio veramente cesareo e più azzardato dell'attuale nostra legge eversiva. Questa riforma fu estesa poi a poco a poco a tutte le rimanenti provincie italiane: alla Sardegna con legge 21 maggio 1836, alla quale la legge italiana 23 aprile 1865 portò compimento; al principato di Piombino con motupropri del 18 novembre 1833, del 15 luglio 1840 e dell'11 gennaio del 1845; alla Toscana con decreto 15 marzo 1860 del Governo provvisorio e colle leggi 15 agosto 1867 (e relativo regolamento 1° dicembre 1867) e del 21 giugno 1867; alle provincie venete con leggi 4 marzo 1869 e 2 aprile 1882, quest'ultima estesa anche ad alcuni Comuni della provincia di Torino con legge 7 maggio 1885. Dunque, sembrava che la soppressione di questi vincoli della proprietà fosse collegata nientemeno che con la vita sociale e politica di tutta quanta la nuova Italia; e che anche la vita economica reclamasse il passaggio alla stato di libertà dei fondi. E la cosa passò più che altro come un provvedimento politico, al quale i liberali nelle assemblee legislative e nella stessa stampa militante si guardavano dal fare seria opposizione, rinunziando bene spesso ai benefizi dell'inventario e a quelli non meno utili dell'analisi, come se fossero timorosi di attirarsi addosso qualche accusa di poco fervore nelle idee della più alta modernità.

Intanto però non è da revocarsi in dubbio che questi provvedimenti, più o meno, recassero un certo colpo alla pastorizia: la qual cosa non sembra punto biasimevole; finchè la contrarietà per la pastorizia si risolveva ovvero si risolve in agevolazione per l'agricoltura propriamente detta, la quale ordinariamente, specie quando è intensiva, produce molto

Digitized by Google

più della pastorizia stessa ed è più conveniente sotto ogni punto di vista; a meno che si tratti di allevamento di bestiame fatto con veri criteri scientifici, ma che richiede un grande impiego di capitali d'impianto, ossia un allevamento e un sistema d'industria non a portata delle borse dei poveri pastori in paesi privi d'ogni altra risorsa e perduti sovente tra le gole di monti poco accessibili ai mezzi di trasporto e sforniti di sufficienti vie di comunicazione. Questa povera gente che vive giorno per giorno con pochissimo denaro e quasi esclusivamente dei prodotti della pastorizia, non potrebbe senza sforzo, che talora rasenti l'impossibilità, spostare la sua base di operazione e di sussistenza e cambiare strada nella ricerca delle risorse economiche indispensabili per la sua vita quotidiana. La legge eversiva ultima, sulla quale noi stiamo appunto a svolgere il presente commento, non è del tutto abolitiva, come non conserva del tutto questi rapporti di sfruttamento rudimentale della terra e della produttività di essa: si preoccupa dei bisogni del paese e dei suoi abitanti, li calcola e li fissa una volta per sempre nel periodo d'applicazione della legge, non prevede che possano cambiare in seguito, che possano assumere un atteggiamento e una intensità diversa, che possano trasformarsi, come eliminarsi ed anche aumentare per l'apertura di nuovi mercati o l'attuazione di nuovi mezzi di comunicazione o di scambio, per una eventuale legislazione protettrice, per un sistema daziario o doganale più o meno favorevole che per l'addietro, per nuove applicazioni industriali o diverse dalle precedenti, per qualsiasi specie di combinazioni che possano modificare il mercato preesistente. Nessuno ha parlato, nè i progetti proposero, nè le leggi sancirono una parziale o totale revisione degli elenchi dei vincoli prediali, nè a periodi fissi, nè all'avverarsi di certe previste condizioni; l'immobilità assoluta minaccia la posizione della pastorizia dopo le leggi eversive, fino a che non sopravvengano altre leggi o disposizioni modificative con un nuovo processo legislativo e con un nuovo sforzo sottratto al potere esecutivo e combinato sotto forma di disposizione legislativa anche nei dettagli di estensione e di comprensione territoriale. Non si riflettette forse abbastanza che la liquidazione portata dalla

Digitized by Google

legge eversiva poteva valere allo *statu quo* attuale al momento in cui la legge fu emanata e non avere una efficacia eterna ed invariabile se non per una nuova legge; nè si pensò che al cambiare delle circostanze di fatto vi potesse essere ottima ragione per modificare anche il contenuto del vincolo come la portata della liberazione dal vincolo stesso.

65. In sostanza, quale fu l'oggetto della nuova legge abolitiva del pascolo come uso civico? La legge ha soli 19 articoli, e all'art. 1° determina il proprio oggetto riferendosi non solo alle servitù di pascolo, ma a quelle altresì di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o d'imporre pascolo, esercitate dalla generalità degli abitanti di Comuni o frazioni di Comuni o da associazioni di cittadini sopra beni comunali o di altri enti morali o di particolari sotto qualunque forma e denominazione, con o senza corrisposta. Queste servitù sono abolite nell'*estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto.* E così sono aboliti i diritti di vendere le erbe, di fidare o d'imporre tassa a titolo di pascolo, che si esercitava da alcuni Comuni delle stesse provincie sopra i beni dei particolari. Secondo l'art. 17 poi della legge stessa sono egualmente abolite queste stesse servitù quando sono esercitate dai particolari, e specialmente dagli ex-baroni sopra terreni comunali o particolari. Questo è presso a poco il testo degli articoli 1° e 17 della legge del 1888. Evidentemente, l'espressione della legge non pecca per eccessiva brevità, ma neppure ha quelle doti di sobrietà che sono conciliabili con un *minimum* di chiarezza e di intelligibilità. Se si fosse comminata l'abolizione a *tutte le servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe* (erbatico) *e di fidare sotto qualunque forma e denominazione e da chiunque esercitate in quelle provincie determinate,* si sarebbe detto tutto nè vi sarebbe stato certamente altro da aggiungere. Quindi sorge naturale in noi il desiderio di ricercare a che si debba una tale prolissità da rasentare quasi lo sproloquio e forse anche il vaniloquio. La spiegazione consiste in ciò, che Ministero e Commissione parlamentare intendevano fare una legge riguardante solo le servitù esercitate collettivamente da comunità col godimento in natura sopra beni così comu-

Digitized by Google

nali come privati, ovvero da Comuni con godimento in natura o in denaro sopra beni di privati; lasciando in vigore per tutto il resto la notificazione pontificia del 1849, in quanto l'interesse privato, trovata garanzia sufficiente in essa, potesse provvedere alla cessazione dei diritti stessi di spettanza privata. Ma il Senato osservò che, nel fare una legge nuova, sarebbe stato cattivo sistema in parte abrogare e in parte lasciare in vigore la legge precedente regolante la stessa materia: ma sopratutto ritenne inconcepibile che, essendo l'interesse e il miglioramento dell'agricoltura una delle ragioni poziori per la disposizione abolitiva, non si dovesse più preoccuparsi di un tale interesse allorchè, in luogo di trattarsi di comunità od associazioni, si trattasse di privati, i quali sia per ignoranza come per incuria molto facilmente, come sino ad ora, potrebbero trascurare i diritti loro accordati da quella notificazione pontificia, e quindi lasciar sussistere uno stato di cose riconosciuto dannoso all'interesse pubblico.

Ecco come alle norme fissate dall'art. 1° si unirono quelle degli art. 17 e 18. Sostanzialmente però, la dizione sopra proposta non trascura nessuna combinazione, nell'ipotesi che i beni gravati possano essere o comunali o di altri enti morali o di privati: e tutti questi casi sono colpiti dalle disposizioni abolitive degli art. 1° e 17, per agevolare la libera espansione dell'agricoltura, la trasmissione della proprietà immobiliare da una ad altra persona e per mettere le provincie dello Stato ex-pontificio a livello delle altre provincie italiane. Non solo dunque furono abolite le servitù di pascere, ma anche quelle di legnatico, di vendere erbe, di fidare o d'imporre tasse a titolo di pascolo: talchè vale la pena di considerare altresì queste altre specie di servitù nel loro contenuto e nella loro indole, in quanto specialmente la loro struttura presenta di simile alla struttura della servitù di pascolo. Il diritto di *chauffage* con legnami d'*affouage* nelle foreste di Francia a scopo di riscaldamento degli abitanti per la rigida stagione è fondamentalmente della stessa indole del diritto di legnare nostro: del legname si effettuava la divisione per teste tra gli abitanti, appunto perchè si voleva che l'attribuzione del legname corrispondesse al bisogno di ciascuno degli abitanti. Di qui il divieto di vendere o

Digitized by Google

commerciare, così all'ingrosso come al minuto, sotto qualsiasi pretesto, gli alberi destinati e segnati per i diritti di legnare; pena la confisca degli alberi e l'ammenda ai contravventori del divieto.

Era anche fatto divieto di adoperare gli alberi, destinati al legnatico, ad uso diverso dal riscaldamento: eccettuati i maniscalchi e chiodaroli, domiciliati in villaggi lontani dalle tagliate dei boschi, ai quali era permesso di convertire il legno in carbone per loro uso esclusivo e previa opportuna dichiarazione da farsi nella cancelleria del Tribunale delle acque e foreste, con dettaglio della quantità e provenienza del legname relativo. Proibito assolutamente, anche a costoro, lo acquistare da altri il diritto di legnare: sindaci, ispettori e agenti forestali erano incaricati della sorveglianza e delle contravvenzioni. E dapprincipio si tenne ferma la massima che ogni avente diritto di legnare non potesse esercitare quel diritto senza il permesso degli agenti del proprietario o signore delle terre, sulle quali il diritto stesso doveva esplicarsi: perlocchè un tal diritto rivestiva quasi permanentemente il carattere del precario, siccome quello che ad ogni istante dipendeva dal beneplacito del proprietario o di chi per esso, e non solo dalle condizioni di produttività dei boschi e dalla necessità dell'utente. Il diritto di seminare è un vero *ius in re aliena*, che entra direttamente nelle stesse normali disponibilità del fondo e nel normale uso del fondo stesso che spetta al proprietario e che questi suol fare: anzi, nei terreni seminativi e semenzabili, se non si effettuasse la seminagione, si rinunzierebbe alla parte maggiore di attività e di produttività del fondo stesso, e cioè alla produttività in cereali, importantissima soprattutto nei terreni di pianura. I cereali assorbiscono quasi tutto il nutrimento della terra su cui sono seminati: e però, per la spessezza e continuità della loro seminagione, costituiscono quasi una coltivazione esclusiva. L'estrinsecazione dell'atto del seminare non può essere così occulta, che necessariamente il proprietario del fondo non venga ad accorgersene o direttamente, o per mezzo dei suoi coloni od incaricati: non si tratta di una operazione che duri pochi minuti, dal momento che la terra dev'essere preparata prima di gettare

Digitized by Google

il seme e che occorrono delle cure e del tempo per la raccolta del cereale o delle biade che da quella seminagione provengono. Quì, se pure non si ha una formale negazione del diritto di proprietà, o almeno un contrapposto all'esercizio del diritto stesso, si ha per lo meno qualche cosa che molto vi si avvicina e che per il suo contenuto fa a cozzo veramente e propriamente col complesso di facoltà di maggiore importanza che sono inerenti al diritto del proprietario. Non si può dissimulare nè in diritto, nè in fatto, l'attentato evidente contro il diritto di proprietà: poichè nella cosa in sè stessa vi è alcunchè di profondamente incompatibile con un'ipocrisia più o meno artifiziosa o convenzionale; ognuno vede, passando per quella zona di territorio, che i diritti della proprietà per la massima parte sono esercitati da chi ha il diritto di seminare, e più e più volte invia sul fondo i suoi agricoltori per procedere alle operazioni essenziali dell'agricoltura e della coltivazione dei cereali in modo speciale. D'altronde, il proprietario del fondo per buona parte dell'anno trova interdetto a sè ed ai suoi lavoratori persino il passaggio per la parte di fondo semenzata, o, per lo meno, trova questo passaggio limitato da tante restrizioni o precauzioni, ch'è d'uopo concludere la poziorità e supremazia di fatto del diritto di servitù sul diritto di proprietà nel fondo stesso. Lo *ius in re aliena*, la *servitus* inalbera le sue pretese e le fa trionfare sulla proprietà, che rimane quasi una specie di nudo dominio diretto, di poca entità economica e paragonabile a quello del direttario nell'enfiteusi: tanto più che sotto il punto di vista economico deve rilevarsi la enorme differenza di produttività tra questi terreni seminativi e quelli sottoposti a servitù di pascolo.

La struttura quindi di questo diritto o uso civico, come frazionario della proprietà sul fondo, offre un qualche punto debole nella costruzione rigorosa di fronte alla proprietà: e difatti, di fronte alla sua ampiezza e al contenuto delle sue facoltà, è quasi la proprietà quella che diventa un diritto frazionario: talchè voler proseguire a considerarla come un diritto principale sembra piuttosto un abuso, un artifizio, una finzione di fronte alla condizione di fatto reale e allo stato effettivo delle cose, considerato nella somma di attività eco-

Digitized by Google

nomiche ricavabili da un dato territorio. Non sarebbe dunque meglio escogitare un sistema, nel quale la costruzione giuridica corrispondesse alla realtà delle cose e alla quantità dei diritti? Gli stessi principî generali della giurisprudenza sembrano indicare chiaramente che si debba tener conto non già delle apparenze, ma della sostanza, non già delle costruzioni più o meno ingegnose a sistema giuridico, ma bensì dei fatti che formano il sostrato di ogni configurazione giuridica. Veggasi, p. e., quanto diversa è la forma dello spigolare da quella del seminare nel campo altrui. Chi spigola segue quasi timidamente i mietitori del campo per raccogliere e far proprie le spighe cadute, dimenticate, abbandonate: ogni movimento della sua persona rivela quasi il timore di subire un rimbrotto e un vigoroso allontanamento dal terreno precariamente invaso, perchè il proprietario e i coloni fingevano quasi di non vedere. Lo spigolare è quindi cosa propria in tutto e unicamente degli accattoni, delle persone ridotte a vivere di pubblica carità alla giornata e quasi nell'incertezza del domani; chi spigola è un supplicante, cioè un precarista, al quale si risponde col tollerarlo in silenzio e con una certa affettata noncuranza di chi sente di sobbarcarsi ad un dovere sociale o morale piuttosto molesto che oneroso. La briciola che cade dalla tavola del ricco è destinata ai rifiuti, se il povero non la raccoglie, e precisamente la spiga che cade dal braccio ai mietitori o alle mietitrici è come la briciola che cade dalla tavola.

Si potrebbe cacciare il mendicante dalla tavola e si può cacciare lo spigolatore dal campo: ma in molte cose si bada alle consuetudini locali, in molte altre le ragioni umanitarie prevalgono e sono adempiute dal più rigido legittimista in materia di proprietà. Ciò però non toglie il carattere di elemosina che si fa allo spigolatore; e non solo, ma implicitamente anche il carattere di concessione precaria, alla tollerante condiscendenza di lasciarlo spigolare: per la qual cosa nessun diritto lo spigolatore stesso può affacciare o chiedere, di nessun possesso può avere la manutenzione, nessuna prescrizione acquisitiva può vantare per decorso di tempo anche immemorabile, nessuna presunzione può invocare a favore proprio, non può aspirare a crearsi un titolo qualsiasi, una

Digitized by Google

priorità di nessuna specie di fronte a nuovi ammessi, per la benevolenza del proprietario, a spigolare nel fondo. Gli ultimi venuti possono anche essere i primi nel godimento. Quanto diversa è invece la posizione giuridica dell'avente diritto a semenzare, e naturalmente (per conseguenza) a raccogliere nel fondo altrui! Egli penetra nel fondo senza chiederne permesso al proprietario, fa quel che deve nelle relative stagioni e non è escluso che possa esercitare, dopo la semina e prima della raccolta, anche un certo diritto di sorveglianza sulla parte di fondo semenzata, con tutti i mezzi consentiti e permessi secondo la consuetudine nel caso speciale: e, come si è detto, in ogni momento, in ogni fase di esplicazione del suo diritto, si contrappone risolutamente al proprietario del fondo e ne menoma il diritto pieno, esteso a tutte le parti del fondo stesso; molte volte può anche escluderlo da qualche contemporaneo esercizio della facoltà di proprietario, in quanto queste stesse facoltà si contrappongano al suo diritto di semenzare, di custodire, di curare e di raccogliere il prodotto. In una parola, noi siamo in presenza di un diritto esclusivo ad esplicazione territoriale, e però di un diritto che ha molti punti di somiglianza collo stesso diritto di proprietà al quale si contrappone idealmente e funzionalmente: è un vero diritto frazionario della proprietà non solo, ma impressiona di vederlo territorialmente assorbente di tutta la produttività del fondo, specialmente nelle pianure non occupate da piante, per zone consecutive e intiere senza notevoli interruzioni proporzionate alla superficie interrotta. E difatti la semenza a cereali è tanto importante, che nel linguaggio dei nostri catasti e dei nostri agrimensori l'aggettivo *seminativo*, *semenzato* o *semenzabile* si reputa come caratteristico e qualificativo della specie di terreno che si descrive e che appunto è tenuto in tale stato prevalente e quasi escludente ogni altra specie di coltura di minore importanza, sia pur quella delle piantagioni.

Vi era ed è stata abolita anche la servitù di vendere erbe, che per analogia fonica colle altre si potrebbe chiamare servitù di *erbatico* (o di erbaggio). Questa servitù non ha una storia evidente. In Francia, secondo le consuetudini d'Angiò e del Maine, il diritto d'erbaggio e di pascolo con-

Digitized by Google

sisteva nell'uso dei boschi altrui per il pascolo dei bestiami: secondo l'antica consuetudine di Saint-Pol, il diritto d'*issue* d'erbaggio era una specie di diritto a percepire un dazio apparentemente dovuto sopra l'erbe ed i legumi, e tale diritto o diritto di *estallages* era dovuto ai signori alti giustizieri o visconti sulle mercanzie ed altre cose che si vendevano o compravano nelle loro signorie. Secondo altre consuetudini francesi, il diritto di vivo e morto erbaggio era un diritto signorile appartenente al signore alto o medio giustiziere o visconte su tutti i sudditi possedenti feudi ignobili non franchi, e che si riscuoteva sulle bestie lanute, pascolanti nei fondi proprii o nei fondi altrui, o in denaro, quando i capi di bestie lanute fossero minori di una certa determinata quantità. Questo diritto in altre consuetudini si estese all'avente semplice giurisdizione fondiaria, e infine anche ad ogni signore per censo. A parte qualsiasi origine feudale, questo diritto di vendere erbe presuppone il diritto di fare erbe (cioè di falciare erbe) e di appropriarsele dopo distaccate dal suolo: la qual cosa potrebbe portare così al consumo diretto delle erbe falciate nelle cosidette difese come alla vendita di quelle erbe stesse per farne denaro. Ma soltanto a questa seconda parte si riferisce il diritto che è abolito colla legge da noi esaminata.

In molti terreni comunali e in molte bandite si è vista la povera gente di campagna, donne in ispecie, racimolare per antica consuetudine, senza perciò esporsi all'accusa di furto campestre, il loro fascio di biada e portarlo al mercato del paese o agli stallatici direttamente per ricavarne pochi soldi da sfamare di pane soltanto le proprie famiglie: e a questo compassionevole spettacolo i tutori dell'ordine hanno sempre chiuso un occhio e mostrato la tolleranza massima, anche quando dinanzi a loro sfilassero intiere squadre di femmine semidiscinte e seminude coi fasci d'erba in sulla testa. Ma, dopo l'abolizione del diritto di vendere erbe (cioè di fare erbe per venderle), la cosa naturalmente cambia d'aspetto: quantunque la povera gente, se non risente direttamente il beneficio dell'affrancazione, debba sentirsi molto disposta a proseguire nelle antiche consuetudini, anche di quelle ormai divenute abusive. Ma questo ormai attiene proprio piuttosto

Digitized by Google

alla materia dei cosidetti furti campestri, che non alle considerazioni del diritto civile: e quindi è per noi di mediocre interesse sotto il punto di vista delle nostre servitù.

Altro diritto abolito è quello di fidare, e cioè il diritto di fida. In talune parti dell'Italia meridionale chiamavasi fida la tassa che gli allevatori pagavano annualmente per mandare le loro gregge a pascolare dal settembre fino agli 8 di maggio in talune terre doganali: era dunque il corrispettivo della svernatura del bestiame al piano. Per fida s'intese anche il terreno venduto e assicurato come pascolo del bestiame. Certamente il diritto di fida è uno di quei diritti non ben definiti, che appartengono alla pratica medioevale e che si rannodano più o meno attorno alla servitù del pascolo e ne costituiscono la variazione o il complemento a seconda dei casi. La legge abolitiva ha voluto essere abbastanza esplicita circa l'oggetto dei diritti aboliti; per modo che praticamente non restasse più alcun dubbio circa la eventuale sopravvivenza, sotto una forma qualsiasi, di quei diritti, fossero essi di origine feudale o meno.

D'altra parte, l'abolizione non può certamente essere estesa ad un campo che il legislatore non abbia voluto invadere colle sue disposizioni eversive: anche perchè, trattandosi di un diritto tutto speciale, non è ammessibile l'interpretazione estensiva. Dunque il legislatore non intese incoraggiare alcuna ricerca storica sull'origine e sullo svolgimento di queste servitù ad usi civici: egli soltanto intese colpire il pascolo sotto qualsivoglia forma di diritto o di fatto si presentasse su fondo alieno e non appartenente al proprietario o possessore del gregge: e di abolire anche il diritto di legnare, di seminare e di erbare.

Questi vari usi o servitù hanno molti punti di contatto e di somiglianza fra loro: quelli di pascolo e di seminagione poi, tra tutti gli altri, rivelano e rappresentano proprio il *maximum* dello sfruttamento del suolo, la quasi completa appropriazione delle facoltà produttive di esso, la più forte e piena realtà di contenuto economico sopra un dato fondo, con pregiudizio immediato delle facoltà spettanti al proprietario. A questi diritti si avvicina quello di far legna, vale a dire l'uso dei boschi, naturalmente in terreni, i quali dalla

Digitized by Google

boschiva in fuori non presentano altra produttività, allo stato della coltivazione attuale. Poichè si comprende che dove è bosco non si semina nè si pianta albero diverso da quelli che costituiscono il bosco stesso: si comprende che il proprietario, il quale cede i tagli del suo bosco, presso a poco fa lo stesso come se affittasse il terreno o bosco stesso a scopo naturalmente di farne utilizzare la legna; oppure come se lo desse in dominio utile di enfiteusi, poichè detratta la legna, quel terreno non può dare, al suo stato attuale di produzione, alcun'altra utilità al proprietario. Sarebbe quindi in questi e simili casi più sincero un contratto di affitto o d'enfiteusi, anzichè la concessione d'una servitù di uso. Per questi diritti, del resto, si comprende che l'estensione non ne è illimitata, ma è commisurata ai bisogni del titolare, come si ritiene dal nostro Codice (art. 521) per il diritto d'uso di un fondo in genere, e quantunque i testi e la giurisprudenza romana possano avere stabilito diversamente: il che è tuttora dubbio. Ma in dirito romano per comune consenso, il legato dell'uso di un bosco ceduo, in via di regola o di eccezione non importava in ogni caso alcuna limitazione in rapporto ai bisogni del legatario; perchè POMPONIO nella l. 22 pr., Dig. 7, 8, dice che il divo Adriano, *cum quibusdam usus silvae legatus sit, statuit fructum quoque iis legatum valeri, quia nisi liceret legatariis cedere silvam et rendere, quemadmodum usufructuariis liceat, nihil habituri essent ex eo legato.* Lo stesso pronunziò ULPIANO in l. 5, § 2, Dig. 7, 5, allorchè oggetto dell'uso fosse una cosa consumabile, p. e. una somma di denaro. S'intende dunque che l'uso del bosco ceduo anch'esso è un completo sfruttamento, una completa appropriazione di frutti. Si domanda dunque quale sia la ragione dell'alienabilità delle legna appropriatesi dall'utente del bosco e perchè nella servitù d'uso del legnatico si badi invece alla necessità ossia al bisogno di coloro che hanno il diritto a far legna od anche delle loro famiglie, almeno secondo i precedenti della giurisprudenza francese e secondo la liquidazione tra utenti determinata dalla nostra legge eversiva. Evidentemente l'uso o servitù d'uso di legnatico o l'uso delle legna, concepito come servitù, ha una portata ben diversa dall'uso costruito e concepito indipendentemente da ogni ra-

Digitized by Google

gione e considerazione di servitù: la servitù d'uso è sempre da considerarsi come un diritto frazionario della proprietà, mentre l'uso è un modo di godimento dei beni come potrebbe fare il proprietario sulle cose sue, ossia nella interezza della produttività economica e ad un tempo in posizione giuridica di perfetta rispondenza (sotto un punto di vista) e contrapposizione (sotto un altro punto di vista) ai diritti del proprietario della cosa del cui uso si tratta.

La cessione dell'uso di una cosa per un tempo determinato è cessione di tutta la cosa stessa per il tempo corrispondente: il proprietario per quel tempo non può utilizzare la cosa nè alienarne l'utilizzazione, ma solo per questo tempo può alienarne una specie di dominio eminente, riservandone l'alienazione completa (dominio utile compreso) a quando sarà cessata una tale utilizzazione temporanea. L'uso del bosco, quale servitù ossia quale diritto frazionario della proprietà e perciò contrapposto al diritto del proprietario, non è il diritto che si ottiene dalla cessione che ne fa il proprietario volontariamente e direttamente (quasi sempre per atto scritto); mentre l'uso del bosco inteso non quale diritto frazionario della proprietà, ma quale diritto avente causa dalla proprietà è d'altra parte incluso anche per il suo esercizio nel motivo predominante della proprietà da cui ebbe origine storicamente certa. Quasi sempre questi diritti d'uso come servitù si veggono in atto ad un dato momento storico nella vita di una popolazione rurale, quasi il rispecchiarsi di un'attualità presente: che se si andasse a rovistare nel passato, difficilmente un tal diritto si potrebbe ricostituire non pure dalle sue origini ma da un tempo poco più che secolare.

Mentre, allorchè ci troviamo di fronte ad un uso durato non diciamo da un secolo nè da tempo immemorabile, ma anche soltanto da trenta anni, la prescrizione acquisitiva sopravviene a render vana ogni ricerca sulla legalità del diritto d'uso e della sua origine: talchè, anche qualora l'origine ne fosse in qualche modo difettosa o claudicante, il decorso del tempo basterebbe a sanarla, nè sarebbe possibile un'indagine estremamente scabrosa e incerta; tanto più che, come abbiamo detto, generalmente gli archivi comunali sono quasi muti a questo riguardo e le cronache dei privati o i

Digitized by Google

loro appunti domestici silenziosi. Queste difficoltà si veggono bene dalle Giunte d'arbitri che devono attendere alle liquidazioni del passato; quantunque esse, secondo la legge, non debbano occuparsi che dell'ultimo possesso di fatto al momento dell'applicazione della legge eversiva. L'ultimo possesso di fatto, per essere constatato, richiede un'indagine di fatto *de praesenti* e perciò comporta un'inchiesta d'indole puramente storica, senza che le ricerche s'ingolfino in questioni giuridiche più o meno difficili e scabrose. Anzi sembra sia stato studio costante e preoccupazione fondamentale del legislatore lo evitare simili questioni giuridiche; la prova del fatto attuale rende oziosa la prova del diritto e la decisione della Giunta o quell'altra decisione, definitiva nella materia, tiene quasi il luogo di legge ed è attributiva di diritti che sorgono dal fatto per ineluttabile necessità di evitare disordini nella sfera dei possessi e dei godimenti dei beni territoriali, e specialmente dei terreni più dimenticati e meno produttivi. Se si trattasse di uno stato di fatto completamente abusivo quale sarebbe l'influenza che questo stato di fatto potrebbe esercitare sulle deliberazioni della Giunta?

Qui conviene distinguere se si tratta di fatti alla cui esistenza contribuisca la violenza, in modo tale che bonariamente non si possano avverare, oppure se si tratta di fatti la cui legalità sia semplicemente contestata dal proprietario del suolo o dagli altri utenti i quali vorrebbero escludere l'utente di cui si tratta e al quale si rimprovera la irregolarità dell'uso.

Nella prima ipotesi senza dubbio lo stato di violenza infirma tutta quanta la posizione di fatto: è canone accertato di diritto che dalla violenza non può sorgere il diritto, neppure attraverso alla valutazione di uno stato di fatto attuale constatato colla maggiore evidenza. Che se si tratta di semplici proteste degli altri utenti, i quali pretendano dimostrare che uno di essi è un intruso o possiede un diritto meno forte e inferiore al proprio; in tal caso l'opposizione diretta contro un tale utente non ha alcun valore di fronte alla constatazione dello stato di fatto al quale si riferisce la legge. Allora si potrebbe infirmare lo stato di fatto, qualora esso risultasse guasto o per violenza diretta o per turbativa

Digitized by Google

di possesso in forma meno violenta ma pur sempre in forma tale da rendere inutilizzabile come fonte di diritto un dato stato di fatto constatato quale attualità presente. La Giunta d'arbitri deve sentire, s'intende, le parti interessate, ma non deve perder di mira che base di tutte le sue operazioni vuol essere sempre l'ultimo possesso di fatto; intendendo possesso non già nel senso di possesso giuridico, ma nel senso di possesso di fatto, di stato di fatto, di condizione reale attuale e indipendente da ogni contestatazione sulla legalità o meno del fatto stesso.

Se si aprisse l'adito alle dilazioni, alle prove, alle contestazioni d'ogni specie in base a diritti o a pretese di puro diritto, non si finirebbe più, nè si potrebbe giungere ad un costrutto serio e sicuro: di qui la necessità di tagliar corto sul problema delle origini e di accontentarsi di una convalescenza posteriore, e, potremmo anche dire, postuma. Se invece una constatazione o una dichiarazione di diritti si dovesse fare rispetto all'uso di un bosco, non considerato nè qualificato come servitù, ma proveniente da una cessione; in tal caso non potrebbero essere punto trascurati gli elementi abusivi dello stato di fatto, le usurpazioni, le violazioni di diritto, gli innumerevoli sconfinamenti sì per intensità come per estensione che un usuario può perpetrare a danno del proprietario cedente dell'uso di un bosco o parte di bosco. Così un fondo può essere ceduto o affittato per semenzarvi: supponiamo che si tratti di fondo esclusivamente semenzabile. Questo diritto di seminare, proveniente dal fitto o dalla cessione, impegna tutta quanta la produttività del fondo e lo esaurisce per modo che durante il tempo dello affitto o cessione, all'infuori della corrisposta, il proprietario non vi ha nulla che vedere. E lo stesso, in condizioni simili, può avvenire se si tratta di servitù di semina: senonchè la differenza consiste appunto in ciò, che, se si tratta di diritto alla semina derivante da affitto o cessione per regolare contratto, per determinare l'entità del diritto e la legalità del suo esercizio, si deve stare al titolo; mentre, se si tratta di uso civico o di servitù sul genere di quelle che sono state prese di mira dalla legge eversiva, non si deve aver di mira che lo stato di fatto attuale, in quanto non sia viziato da qualche

Digitized by Google

violenza. Se del resto per la specialità del caso si fosse creduto o si credesse di non tener conto neppure della violenza, alla vigilia dell'attuazione di una legge eversiva boschi e terreni potrebbero essere invasi tumultuariamente anche per un esercizio abusivo, al solo scopo di preparare uno stato di fatto, sul quale poi chiamare le Giunte d'arbitri a pronunziarsi: ogni nullatenente, ogni facinoroso di quello o di altri paesi o territori si farebbe diligente nella invasione, e, solo o spalleggiato da altri, ricorrerebbe alla violenza o alla forza fisica per sottrarre agli altri una parte dei loro mezzi di sussistenza. Ma questo sarebbe incivile e le Giunte d'arbitri non potrebbero mai prestarsi a sanzionare siffatti abusi.

66. Il valore territoriale della legge abolitiva è ben determinato nel testo: si tratta, a dir vero, di una legge regionale. Le provincie nelle quali la legge è destinata ad aver vigore sono quelle di Roma, Perugia, Ascoli Piceno, Macerata, Ancona, Pesaro e Urbino, Forlì, Ravenna, Bologna e Ferrara: queste sono le cosidette provincie ex-pontificie, perchè costituivano lo Stato della Chiesa. La legge è regionale, anzi più esattamente pluriregionale, perchè il Lazio, l'Umbria, le Marche non costituiscono una regione sola, ma ben tre regioni distinte per abitudini di vita e per condizioni territoriali. Difatti le sterminate pianure della campagna romana offrono all'agricoltura e alla pastorizia un teatro di attività e di sviluppo ben diverso da quanto si può avere nelle zone montuose dell'Appennino dell'uno e dell'altro versante. Conviene dunque darsi spiegazione del perchè non siasi voluta unificare questa legislazione per tutta Italia, e del perchè, avendola voluta mantener distinta da parte a parte, si siano volute raggruppare sotto una sola categoria di discipline le tre regioni appartenenti al già Stato pontificio; conviene anche indagare, perchè, essendo ormai tali usi o servitù aboliti da tempo in altre provincie, siasi riconosciuta la necessità o l'opportunità di limitare territorialmente una legge la quale per la sua stessa estensione od applicazione pratica, anche senza esplicita dichiarazione, non avrebbe oltrepassato i limiti territoriali dell'ex-Stato pontificio. Or dunque, sebbene dai lavori preparatori di questa

Digitized by Google

legge non si possa rilevare quale fosse l'intenzione del legislatore, noi dobbiamo per conto nostro ricercare se vi sia per caso una ragione evidente e che forse non valesse la pena di svolgere e motivare nei lavori stessi che condussero all'approvazione della legge. Per rendersi una qualche ragione di questo sistema che sembra avere informato l'opera del legislatore (e cioè del sistema di avere speciale riguardo per le provincie dello Stato ex-pontificio), conviene riandare colla mente le condizioni speciali di governo e l'educazione del popolo nello Stato pontificio.

Il Governo clericale, al di fuori di qualche opera pubblica, grandiosa per l'epoca nella quale fu fatta e certamente di utilità generale (opera alla quale legare il nome di qualche pontefice o di qualche ministro), era in preda ad una generale rilassatezza, specialmente per quanto concerne le amministrazioni locali e la sistemazione dei patrimoni pubblici o degli usi civici. In questi piccoli centri di montagna o di pianura, in cui si esercitava la servitù di pascolo, vigeva una specie di sistema patriarcale, una specie di rilassatezza fatale, per cui l'azione dello Stato non interveniva sempre nè prontamente. Ma questo sarebbe stato meno male: il peggio è che al difuori di quelle grandi opere di utilità generale, l'amministrazione pontificia non sembrava comprendere il concetto vero e generale della pubblica utilità. Diciamo che il non intervento dello Stato, fuorchè nei casi di estrema necessità, non sarebbe stato allora, come non sarebbe oggi, un grave male; perchè l'intervento dello Stato, quando non è assolutamente necessario, rappresenta senza altro di per sè stesso un male, in quanto è inevitabilmente lesivo dell'attività e dell'iniziativa dei singoli. Quando gli uomini di governo degli Stati moderni apriranno bene gli occhi circa il pregiudizio dell'ingerenza continua e immanente dello Stato, si potrà dire che il concetto della continua intromissione dei poteri pubblici avrà finito il suo tempo: allora finalmente si potranno contemplare faccia a faccia, senza nubi o impedimenti di sorta, i bisogni reali della vita pubblica e della privata; allora si potrà dimostrare che le cose andranno meglio quando privati e pubbliche autorità saranno ciascuno a loro posto. Ma, se i privati invadono

Digitized by Google

l'attività e le funzioni dello Stato, al regime del diritto si sostituisce quello dell'arbitrio; se lo Stato a sua volta invade l'attività dei privati, si ha offesa di libertà, ed, anche peggio, si ha malversazione e corruttela in ogni ordine di attività sociale. Una tutela pesante, opprimente, nell'ordine intellettuale; un regolamento pedantesco, minuzioso e sovente ridicolo nel campo delle manifestazioni esterne: questi sono i vantaggi dell'intromissione dello Stato in un campo di attività dove a lui non spetta di penetrare e dove penetra in via di usurpazione e di abuso.

Supponiamo che lo Stato voglia imporre il pascolo là dove gli abitanti, i coltivatori, i proprietari vogliono stare al semenzato: evidentemente si avrebbe ragione allora di biasimare questa condotta ingiustificabile del forte potere sociale verso gli individui sottoposti alla sua autorità. Mettiamo anche per ipotesi che lo Stato imponga senza le forme di espropriazione per pubblica utilità, riconosciuta in casi eccezionalissimi, che le terre tutte di una data zona passino ai pastori, quando fino allora in quel territorio non si è parlato di pastorizia. In tutti questi casi e consimili si deve ritenere che lo Stato esorbita dalle attribuzioni sue e che cagiona il malessere e la perturbazione dovunque esso giunge colla sua azione abusiva e ingiustificata.

Diverso è il caso in cui lo Stato interviene a causa di una sua giusta competenza, ma interviene senza discernimento o nell'interesse di una classe sociale contro altra classe sociale. Diverso è ancora il caso dello Stato che non interviene quando deve e quantunque possa intervenire. In quei terreni, specialmente se perduti tra i monti, ognuno invadeva e occupava a suo bell'agio le terre col proprio gregge per esercitarvi il pascolo: specialmente se trattavasi di terreni comunali. I proprietari, specialmente se Comuni od enti morali, lasciavano fare, tolleravano, non si preoccupavano. Se non esercitavano il pascolo per contro proprio, non sembrava ad essi esservi delle buone ragioni per rifiutarne agli altri l'esercizio: d'altra parte il prolungarsi degli abusi rendeva sempre più difficoltosa l'eliminazione del precario. Una generale rilassatezza invadeva tutti gli ordini dell'attività privata e pubblica; sembrava ormai non vi do-

Digitized by Google

vesse essere più giustizia vera e solerte che per i chierici e per i monaci oppure per i laici posti sotto la protezione degli ecclesiastici.

Il concetto del servizio pubblico, di utilità cioè e di opportunità generale, che s'impone per ragioni obbiettive a prescindere da ogni considerazione di persona, non era entrato abbastanza nella vita legislativa e giuridica dello Stato pontificio e dei popoli di quello Stato, così nella capitale come nelle provincie: ogni cosa procedeva per mezzo di concessioni sovrane o per delegazione sovrana di dispense, di privilegi; intendiamo parlare delle cose di maggiore importanza e dei rapporti della vita civile che interessavano una comunità od una popolazione intiera. Oggi stesso, nelle provincie dell'ex-Stato pontificio, si risentono vivamente gli effetti di questa mancanza e la triste indolenza governativa del passato ha prodotto un infiacchimento nella vita pubblica e un impoverimento deplorevole nella fibra di amministratori ed amministrati: talchè, lungi da ogni esagerazione rettorica, deve dirsi tuttora che vi è quasi tutto da rifare nell'educazione di quei popoli e che il proseguire nei vecchi sistemi sarebbe argomento di trascuratezza deplorevole. Il concetto del diritto non è quello di una graziosa elargizione del principe, nè di una conquista violenta del popolo: il diritto è quello che è nella sua formazione obbiettiva e nel suo significato civile negli ordini della convivenza, nè v'ha potere costituito che possa regolarizzare gli abusi o rendere legale l'azione del più forte.

Le stesse ragioni che hanno influito all'abolizione del feudalismo concorrono oggi alla liquidazione del sistema di governo ecclesiastico o clericale che dir si voglia: quei pascoli che si tolleravano per forza d'inveterati e irragionevoli abusi, oggi debbono essere regolarizzati per volontà ferma di legislatore e definitivamente allo stato attuale delle cose, senza debolezze e senza proroghe. Non è la fedeltà della popolazione al Governo, non la singolare benevolenza del principe per uno od altro paese, per una od altra regione, non la protezione di uno od altro dignitario molto vicino alla persona del regnante, non la devozione a talune o ad altre istituzioni politiche: non è tuttociò, nè altro di

Digitized by Google

simile, che possa influire ragionevolmente sulla costituzione o sulla tutela dei diritti privati. Il diritto, in quanto è manifestazione di un concetto concreto di giustizia, non può essere subordinato a condizioni esteriori: esso si sovrappone alle considerazioni di opportunità politica, e, a parte la disputa se sia insito nella natura dell'uomo e da questa inseparabile, certamente si mantiene e resta in questa sfera superiore, nel senso che non subisce influenza politica di sorta alcuna, nè tollera che circostanze estranee cambino la portata o il contenuto sostanziale di un dato rapporto giuridico.

L'utilità pubblica è bensì un elemento che s'introduce nelle posizioni giuridiche e che più o meno risente del concetto di opportunità, quale risulta dalle condizioni di fatto di un dato momento nella vita di un popolo: ma questa utilità pubblica è d'uopo intenderla bene e coordinarla al pubblico servizio, per modo che l'interesse pubblico balzi evidente in ogni caso ed esuli ogni sospetto di favoritismo o di privilegio. Certamente non sono solo le necessità pubbliche, ma è anche l'utilità pubblica quella che entra in considerazione del provvedimento o della legge in genere: e l'utilità è un concetto di una estensione illimitata e illimitabile, un concetto del quale si può abusare enormemente nell'adattazione pratica, ma che nondimeno, per quanti abusi se ne facciano o se ne possano fare, è sempre vero e, quasi direbbesi, parlante; poichè esso s'impone per forza di cose ad ogni piè sospinto e reclama il suo adempimento e, se anche pel momento non ottiene di essere soddisfatto o adempiuto, si affaccerà più tardi con carattere di maggiore urgenza e imperiosità e otterrà senza dubbio adempimento. Quindi è che la soluzione migliore consiste nel verificare nettamente e volenterosamente se queste ragioni esistano, se cioè le popolazioni non possano davvero vivere di altra risorsa che non sia la pastorizia e i territori non possano offrire una utilizzazione migliore della pastorizia. Questo risulta dalle condizioni di fatto delle persone e dei luoghi: e deve essere constatato e risultare da apprezzamenti temperati, spogli da esagerazioni e da alterazioni preconcette, dettati da considerazioni realmente obbiettive e rispondenti ad una finalità determinata e non dubbia.

Digitized by Google

L'occhio vigile del giureconsulto, praticamente, deve penetrare senza sforzo nell'applicazione di questi concetti di utilità e di convenienza: egli che ha l'abitudine del più fine osservatore dei fatti sociali deve poter distinguere la vera dalla falsa utilità, la vera dalla falsa necessità, la opportunità degna di sanzione giuridica dalla opportunità favorevole a talune classi o a taluni individui soltanto. Certamente il criterio dell'opportunità è il più pericoloso dei criteri sociali, ma vi è un momento in cui l'opportunità si traduce nell'utilità e rasenta i fini generali e vi resta inclusa, per poco che si vada un poco più in là. In tal caso o in tali casi, nei quali a stretto rigore non vi è materia di pubblica utilità, evidentemente il legislatore esamina se si riscontrano gli estremi voluti per il contenuto del diritto, per una sistemazione legislativa dei nuovi bisogni, in guisa che per tutti i cittadini sia obbligatorio il concorso alla formazione del nuovo stato giuridico e tutti egualmente, siano proprietari, possessori o utenti, concorrano all'attuazione del nuovo ordinamento o del nuovo sistema. Si può star sicuri che il concorso di tutti i cittadini e l'obbligatorietà generale di queste nuove norme bastano per togliere ogni assurdo carattere di privilegio o di concessione graziosa agli usi civici o a qualsiasi concessione di pascoli anche su territori comunali. Con ciò non si esclude già che le diverse condizioni dei luoghi possano dar vita a provvedimenti diversi a seconda dei diversi territori; per cui, tenuto conto della diversa produttività del suolo e anche della diversa condizione economica della popolazione, alla stretta dei conti la sistemazione di un territorio sia diversa da quella di altro territorio: ma qui si tratta sempre ad ogni modo di condizioni di fatto che non si possono alterare nè falsificare per dar vita al provvedimento, ma che dal provvedimento stesso possono essere modificate e che servono di spiegazione e di motivazione all'opera del legislatore.

In conclusione, tutto sta nel fare una constatazione sincera della situazione di fatto così com'è veramente e come apparisce per l'osservazione di chi per autorità pubblica viene ad interessarsi e ad ispezionare sui luoghi: non sono le leggi quelle che dànno la regola esatta e la norma di giustizia in ogni rapporto giuridico, ma è l'applicazione delle leggi

Digitized by Google

stesse e l'esatta valutazione della loro portata secondo lo spirito che le informa e in ordine a un piano di massima determinato e che nel suo complesso risponde senza dubbio a criteri giuridici prestabiliti per un dato indirizzo legislativo.

Nello Stato pontificio, come si è detto, altri erano i concetti informatori del Governo e della legislazione: non si trattava, ad ogni modo, di dar sempre la preferenza a concetti di utilità generale, ma sovente invece a concetti di pedestre opportunità personale o locale, che non potrebbero assorgere ad importanza di concetti di Stato. E, quel ch'è peggio, le popolazioni si sono abituate a questo falso punto di vista e si mostrano quasi inette ad una diversa e più moderna concezione della vita pubblica: specialmente nelle città dove predomini l'influenza dei preti (e predomina tuttora), perchè si tratti di grandi centri religiosi o di grandi santuari, in cui lo sfruttamento del pubblico era od è attuato su vastissima scala, senza che l'Autorità politica e la stessa Autorità religiosa possano sempre mettervi rimedio. Quelle popolazioni finiscono quasi col perdere il senso della realtà e col pervertire la concezione del diritto. Il Governo dello Stato ecclesiastico pensava poco o nulla all'avvenire e al progresso dei tempi, non potendo spingere troppo nell'avvenire le speranze della sua esistenza: la triste e quasi quotidiana preoccupazione del presente lo aveva pervaso in ogni istante della sua vita e non poteva con sicurezza guardare all'avvenire senza preoccuparsi prevalentemente del presente. Vi erano degli usi civici, delle servitù di pascere, di seminare, di legnare; e questi usi, queste servitù si esercitavano con detrimento della proprietà e con incertezza dei possessi? Se non vi erano dei conflitti, dei cozzi di classi sociali o di parti di una stessa popolazione tra loro; se la quiete dei paesi tranquilli di montagna o di pianura non era turbata da gravi subbugli, lo Stato non aveva che vederci, non voleva avere che farvi o di che intromettersi. I privati erano mandati a provvedersi volta per volta dinanzi ai magistrati; ed anche i Comuni od enti morali, considerati siccome quelli *qui iure utuntur privatorum:* ma perchè incomodare l'olimpica serenità dello Stato? Perchè dare allo Stato un'ingerenza molesta e obbligarlo a rivangare dei vespai, a

Digitized by Google

sconvolgere i diritti quesiti o anche soltanto le posizioni di fatto già costituite per decorso di tempo o svolte per lunga evoluzione di avvenimenti o riconosciute dalla pubblica voce o dall'opinione generale, ovvero tollerate universalmente e senza ulteriori serie difficoltà? La liquidazione di un passato più o meno lungo e remoto, prolungatosi fino ai tempi attuali, doveva sembrare con quei metodi di governo quasi un sacrilegio, una cattiva azione, una indegnità storica: il passato doveva essere conservato ad ogni costo, finchè era possibile, finchè la legge di cambiamento non fosse stata preceduta da cambiamento nel costume. La Chiesa difatti, così in materia religiosa come in materia politica, aveva ed ha per sistema suo caratteristico e come *norma agendi* di non introdurre mai novità, ma di secondare gli atteggiamenti del popolo verso le novità, quando queste sono già penetrate nel dominio della consuetudine e nel mondo della storia: la qual cosa non manca di una certa astuzia, ma effettivamente porta alla conseguenza di togliere al Governo la direzione del movimento civile della nazione sulla quale è costituito. Questo metodo non corrisponde al concetto dello Stato moderno: nè può ammantarsi di liberismo politico, perchè liberismo politico non è nè apatia, nè indolenza di governo: e tanto meno potrebbe esserlo nel caso particolare, inquantochè le povere e rozze popolazioni di montagna non possono con molta cognizione di causa e colla voluta temperanza, non scompagnata da forte iniziativa, mettersi a capo di un movimento per trasformare le leggi o le consuetudini civili, per accogliere nel loro seno il portato dei tempi nuovi e darvi applicazione concreta e tradurlo efficacemente in atto.

Pretendere che quelle popolazioni diano prova di una così grande educazione civile sarebbe pretendere l'inverosimile, l'impossibile, l'assurdo: questo appena si potrebbe avere in altro campo dalle popolazioni urbane dei grandi centri, dalle masse istruite di operai dediti alle industrie e non dalle rozze e timide schiere degli agricoltori e dei pastori, i quali, effettivamente, sono anche analfabeti, e nelle zone montuose specialmente, abbrutiti dalla miseria. Tra queste popolazioni, se mai, si dovrebbe invece più intensamente e più accuratamente esplicare la missione educatrice dello Stato e la sua

Digitized by Google

opera benefica e progressiva: dal momento che anche le Amministrazioni locali debbono per forza di cose risentire della stessa rozzezza della quale è infetta la popolazione perchè segregata dai grandi centri abitati e refrattaria alle influenze del progresso civile. L'autonomia per queste popolazioni è certamente come per tutte le altre un ottimo strumento di educazione civile: ma colla semplice iniziativa propria questi municipi di montagna non potranno mai giungere molto lontano, non potranno mai apprestare la propria redenzione economica e il proprio benessere agricolo; saranno come dei mutilati in fondo a un burrone, incapaci a rialzarsi senza il sussidio d'una mano amica che li sorregga. Come potrebbe un municipio mettere d'accordo proprietari e utenti, per cambiare lo stato di fatto dei possessi antichi e renderli utilizzabili per l'agricoltura in quel tanto che sopravanza alle strette necessità della pastorizia? È proprio evidente che in questo caso si rende indispensabile l'opera dello Stato come supremo moderatore delle diverse attività da guidare ad un fine unico e unitario nella convivenza civile: tanto più che lo Stato solo può applicare i grandi principî uniformemente per tutti i territori dei singoli municipi nelle varie provincie che gli appartengono. Ma dunque, si insiste, perchè la legge abolitiva, di cui trattiamo, essendo venuta l'ultima, non è stata estesa a tutto lo Stato, bensì invece è stata limitata alle provincie ex-pontificie? O le servitù abolite non esistevano nelle altre provincie italiane al momento della soppressione; ed allora (si dice) era inutile fissare l'estensione territoriale della legge: o esse erano in via di cessazione secondo le norme di leggi precedenti; ed allora la nuova legge ad ogni modo non potrebbe agire retroattivamente: o esse esistevano nella stessa natura e stato di fatto delle soppresse; ed allora la limitazione rappresenterebbe una vera ingiustizia stabilendo un trattamento diverso per le varie parti dello Stato e una soluzione che inaugurasse quà e là sistemi contrapposti e contraddittori, o anche soltanto sostanzialmente difformi.

La legge del 1882 pel Veneto (prosegue l'obbiezione), p. e., dispone all'art. 7 che, durante i 30 anni dalla pubblicazione della legge, il prodotto dell'annuo canone dato dai

Digitized by Google

proprietari in compenso dell'abolizione degli usi civici nei loro fondi, od in caso di affrancazione i frutti dei relativi capitali debbano essere dai Comuni interessati impiegati a sollievo dei comunisti poveri con riguardo speciale a quelli che fruivano dell'erbatico e del pascolo; ora questo non è altro che un sussidio temporaneo lasciato al capriccio dei Consigli comunali in corrispettivo di un diritto, e per giunta un sussidio rilasciato all'arbitrio delle mutevoli maggioranze municipali, naturalmente condotte a favorire i partigiani loro. Ma anche qui vi sono alcune considerazioni da contrapporre. Anzitutto, la legge abolitiva del 1888, col suo sopravvenire, per sovrapporsi a leggi già emanate e già applicate per le altre parti d'Italia, avrebbe dovuto sconvolgere una sistemazione già compiuta o in via di compimento: e così i possessi si sarebbero mantenuti in un continuo avvicendarsi di liquidazioni e di provvedimenti eversivi. Agitazioni continue e sconvolgimenti susseguiti l'uno all'altro sarebbero stati i frutti di una modificazione apportata al vecchio sistema liquidatore, soltanto per lo scopo di una unificazione materiale e formale da parte a parte di un solo Stato. Invece è il caso di ritenere che quanto è fatto e si è cominciato ad attuare debba avere sostanzialmente e nella sua ossatura, bene o male, la sua piena esecuzione, quantunque sopraggiungano altre disposizioni per altre regioni o parti dello stesso Stato. I possessi vengono sistemandosi legge per legge, regione per regione, quando le leggi si susseguano l'una all'altra: se si fosse voluta evitare la disparità da regione a regione, si sarebbe dovuta sin dapprincipio e con una legge unica sistemare la materia degli usi civici in tutti quanti i territori costituenti lo Stato italiano; e nel 1882 si poteva essere già in tempo anche per l'antico Stato pontificio, che era stato congiunto da tempo alla gran patria italiana.

Del resto, non sarà la varietà delle discipline e delle leggi relative agli usi civici e loro sistemazione, quella che metterà o potrà aver messo a repentaglio l'unità nazionale in genere e neppure l'unità legislativa italiana nel suo complesso. D'altro canto, anche questo isolato esperimento di legislazione regionale è opportuno per misurare la portata delle differenze economiche e agricole delle varie parti co-

Digitized by Google

stituenti l'unità nazionale del nostro paese: potrà considerarsi come una specie di termometro differenziale e potrà anche fornire un discreto materiale sperimentale agli studiosi dei fenomeni regionali. Per le provincie ex-pontificie, le più infestate da antichi abusi nella ripartizione e nello sfruttamento della ricchezza del suolo, i provvedimenti legislativi dovevano certo essere inspirati ad una speciale ponderazione e ad una diligenza maggiore che per le altre provincie: e così si veniva a tener conto, o almeno poteva venirsi a tener conto anche della giurisprudenza rotale svoltasi a riguardo di questi usi locali e che certamente aveva un'impronta tutta sua, quantunque da qualche mirabolante dottrinario colpita dalla facile accusa d'ignoranza. Questo materiale storico doveva essere studiato a parte, perchè la sua considerevole produzione quantitativa, la sua relazione col diritto romano per tramite del diritto comune, le condizioni speciali del territorio, e massime dell'Agro romano poco adoperato a coltivazione intensiva, l'indolenza delle popolazioni nelle trasformazioni culturali e la scarsezza dei capitali d'impianto necessari all'uopo, la poca, anzi pochissima iniziativa delle autonomie locali; tutte queste circostanze dovevano contribuire ed avevano contribuito infatti a fare di queste regioni dell'ex-Stato pontificio uno dei nuclei più interessanti sotto il punto di vista delle consuetudini cittadine e delle massime adottate come regole pratiche di condotta.

Ed allora e per queste circostanze gli usi civici in quelle popolazioni hanno assunto uno speciale atteggiamento, formando un insieme caratteristico quale altrove non si riscontra; la qual cosa, congiunta colla necessità di riformare e promuovere l'agricoltura in modo speciale in queste provincie, può benissimo dar ragione della specialità del provvedimento. Per ventura in queste provincie, accanto alla pastorizia coi suoi usi civici, si trovò l'agricoltura assai bene sviluppata, e anche i rapporti giuridici agricoli sistemati in modo abbastanza soddisfacente: nè ciò mancò d'influire lontanamente sulla sistemazione degli usi civici e della pastorizia, considerata ormai come l'ancella dell'agricoltura stessa o come la minore sorella destinata a cederle il posto, mentre le industrie maggiori della stessa agricoltura stanno penetrando

Digitized by Google

nei più modesti centri di provincia, sempre più e con maggiore insistenza. Non può dunque negarsi che la tendenza alla soppressione della pastorizia e alla trasformazione di essa in agricoltura sia un portato dei tempi nuovi e che convenga mirare seriamente alla trasformazione nello sfruttamento dei campi, se si vuole essere alla portata del progresso e dei tempi: occorre dare un potente slancio a questa trasformazione, come si darebbe a tutti i miglioramenti in genere.

Lo Stato pontificio aveva senza dubbio nella sua legislazione l'enfiteusi diretta a procacciare il miglioramento dei fondi e la trasformazione delle loro colture, o, meglio, l'introduzione in essi di colture o utilizzazioni intensive ben diverse dall'umile pastorizia, la quale penetra appena, direttamente di per sè, nel campo industriale quasi con timidità e trepidanza. Certamente non può mettersi in dubbio che l'ingresso di Roma come ultima a far parte dell'unità italiana, e per giunta con grado e qualifica di capitale, abbia potuto influire suggestionando potentemente i legislatori, anche per la redenzione dell'agro adiacente alla città eterna e per il quale questa stessa eternità sembrava essere piuttosto matrigna che madre provvida. La questione del bonificamento dell'Agro romano non è scompagnata dalla sistemazione degli usi civici: e lo vediamo oggi in modo irrefutabile per le continue contestazioni che a proposito di questi usi avvengono nei paesi della provincia romana. Sono contadini che invadono armata mano le terre dei signori e pretendono di contestare ai proprietari il possesso, o, per lo meno, il pieno godimento delle terre stesse: e, mentre taluno propone di preoccuparsi dell'illusione del possesso, essi sono i primi a comprendere che il possesso non è e non può essere una illusione, perchè appartiene alla sua natura la rivelazione di fatti concreti o di uno stato positivo di fatto che si traduce in utilità o in perdita economica. La legge civile o giuridica non solo non deve concorrere a produrre delle illusioni sullo stato di fatto, ma deve concorrere anzi a togliere di mezzo cotali illusioni, perchè resti sempre vero e confermato che il diritto origina dal fatto e nel fatto trova la sua base costitutiva.

Digitized by Google

Se diritti di uso vi sono, essi debbono esercitarsi in tutte le forme, alla luce del sole; se non vi sono, non è il caso di darne l'illusione nè il pretesto, nè le apparenze: anche di questi usi vi può essere un possesso, o, se meglio vuolsi, un quasipossesso come delle servitù prediali; e questo diritto di possesso, o di quasipossesso, siccome quello che vuol essere fornito di tutela giuridica, naturalmente deve rivestire tutti quanti i requisiti di rigore che dànno luogo ad una tutela simile.

67. Qual'è la natura del pascendatico, o servitù di pascolo, e da chi e da quale istituto deriva esso? La legge non si preoccupa di una ricerca teorica, ma bensì è fondata su di una preoccupazione pratica. Le servitù e i diritti di pascolo, di seminare, di legnare e di vendere erbe, di fidare o d'imporre tasse a titolo di pascolo, per gli effetti della legge eversiva, si hanno come derivanti da un titolo espresso o presunto, e come aventi natura di servitù negativa o proibitiva. Questo art. 2 pr. è di grandissima importanza. Anzitutto il legislatore si preoccupò del titolo, si mise quasi alla caccia del titolo; tanto per rendere una specie di omaggio platonico alle disposizioni generali del Codice civile; poichè del resto, in fin dei conti, non se ne mostrò troppo ossequente. Ognuno sa che il titolo, per diritto comune, non si presume, ma costituisce un dato di fatto che non si può sostituire nè supporre, perchè o c'è o non c'è: il che non elimina gli effetti del lungo uso e dell'usucapione.

Or dunque la legge eversiva non prende già le sue mosse dall'abolita notificazione pontificia del 29 dicembre 1849, la quale aveva stabilito una presunzione *iuris tantum*, per giungere ad una presunzione *iuris et de iure*, escludendo il proprietario dalla prova del contrario, quasi per paura che la prova del contrario sconvolgesse tutto quanto l'edifizio degli usi civici e il regolamento della proprietà. Ma anzitutto si nota che questa è una disposizione fatta proprio ad esclusivo beneficio degli utenti, poichè appunto le servitù e i diritti, a patto che realmente esistano, si hanno anche come esistenti in linea di diritto. Ma da quanto tempo deve datare l'esistenza di fatto di tali usi? La legge eversiva non lo dice;

Digitized by Google

eppure ad usi invalsi da poco tempo non può togliersi il forte sospetto di esistenza abusiva, quando non siano sorretti o convalidati da un qualche titolo di origine: per gli usi invalsi da tempo assai lungo e non risultanti da violenza attuale o apparente, vi può essere la presunzione che il diritto ormai usucapito sia originato non illegittimamente. Ma questa presunzione è una specie di petizione di principio, ad ogni modo e sempre. Quando è infatti che si possono ritenere come esistenti le servitù e i diritti di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o d'imporre tasse a titolo di pascolo? Basta forse il pascolo, la semenza, il legnare, il vendere erbe, il fidare, l'imporre tasse a titolo di pascolo, perchè si possa dire che questi atti assumano l'aspetto di una servitù o di un diritto? E, se si trattasse di precario, di sconfinamento abusivo; in una parola, di uno stato di fatto che non possa in alcun modo rappresentare il sostrato di una posizione giuridica? E qui si noti che non sempre si può avere sott'occhio un fatto unico o semplice, di cui l'apprezzamento non racchiuda gravi difficoltà, ma bensì si ha un fatto continuativo e complesso, qual'è l'uso: quindi il giudizio sull'entità del relativo diritto dev'essere uno dei giudizi più involuti e difficili che si possono fare, talchè non bastino le apparenze di un'ispezione momentanea ed anche saltuaria, ma occorra condurre a termine una vera e propria inchiesta giuridica e cioè subordinata ad una finalità, ad un indirizzo, ad un piano, ad un metodo giuridico vero e proprio. Occorre constatare dei fatti di antica data; determinarne il significato, il valore, la portata; vedere se dal principio alla fine l'attuazione di questi usi riveli l'intendimento di acquistare una specie di servitù sul fondo altrui, o non piuttosto di approfittare della indulgente tolleranza del proprietario. Ogni negozio giuridico risulta infatti dalla contemporaneità del *corpus* e dell'*animus*, diretti alla realizzazione di un contenuto giuridico unico che rientra nel campo delle finalità possibili e ammesse e non delle finalità estranee all'orbita del diritto: e, come dai fatti si può sovente argomentare l'intenzione di chi li ha posti in essere, così l'intenzione stessa conferisce ai fatti una speciale impronta per le finalità da conseguire, in rapporto alla causa o al movente dell'azione tutta quanta.

Digitized by Google

In tutto ciò non è possibile cavarsela con una comoda presunzione; nè si può dire che la semplice esistenza attuale del pascolo faccia supporre il divieto della servitù e dell'uso civico relativo. Ma pur tuttavia la notificazione pontificia anteriormente vigente si era attaccata alla presunzione del titolo, escludendo il proprietario dalla prova contrapposta: e la Commissione parlamentare ve la tolse quasi di peso, aggravandola anzi, sul riflesso del giovare più gli utenti che i proprietari stessi, poichè si stabilì che *iura vigilantibus facta sunt, non dormientibus*. Senonchè, malgrado si volesse ritenere che, scaduto il termine perentoriamente fissato in detta notificazione, non fosse più ammesso di tornare indietro e discutere sul titolo, nella pratica applicazione si fece qualche riserva per la quale si terminava coll'indebolire la forza della legge. Si dice che la presunzione vale solo in mancanza di un titolo vero ed espresso contraddicente alla servitù; poichè da tutto il contesto della legge (dove si tratta di questioni sull'esistenza, sulla natura e sui limiti della servitù) ed anche dalla concessione del diritto di appello (art. 10) risulterebbe che l'art. 2 non è una massa di granito contro la quale verrebbe ad infrangersi ogni contraddizione in titoli, diritti e prove, e che esso intende di provvedere solo in caso di mancanza di ogni titolo così a favore del proprietario come a favore dell'utente.

Questo caso è invero il più frequente: non si ha titolo di servitù, non si ha titolo di precario (il precario ordinariamente è senza titolo): si ha una serie di fatti e di manifestazioni che durano da lungo tempo e il carattere delle quali accenna ad una limitazione permanente del diritto di proprietà, senza che sorga perciò un conflitto violento sopra luogo. Dunque, se si tratta del caso più frequente, è appunto riguardo ad esso che debbono applicarsi normalmente le disposizioni della legge, compresa quella qualsiasi presunzione *iuris* od anche *iuris et de iure* che al legislatore piacesse o fosse piaciuto di stabilire al riguardo. E qui si trae argomento da una risoluzione 27 marzo 1889 del Ministero di agricoltura, industria e commercio che stabilì dovesse intendersi abrogata la legge forestale in tutte le parti contemplate e contraddette dalla legge che stiamo esaminando: perlocchè sorgeva il dubbio se i

Digitized by Google

proprietari di boschi vincolati potessero impedire la continuazione dell'uso a coloro, i quali, non avendo entro i sei mesi dal divieto fatta secondo le prescrizioni opportuna dichiarazione del loro diritto, dovevano ritenersi *ope legis* decaduti da ogni diritto sui boschi stessi. Ma in tal caso (si dice) vi sarebbe stata contraddizione colla legge che noi esaminiamo, la quale, nell'atto di abolire le servitù, le considera *nella estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto*, vale a dire come erano al momento della pubblicazione della legge stessa, come a quell'epoca erano effettivamente esercitate. L'art. 21 del regolamento per l'esecuzione della legge anzi chiarisce i modi e le forme di cessazione dell'uso o servitù o per consenso di parti o per deliberazione della Giunta d'arbitri; e dice che l'esercizio della servitù continua a sussistere fino a che non intervenga uno di questi modi di estinzione e il corrispettivo (se vi è) si continua a corrispondere all'altra parte. La conclusione di tutto ciò è dunque che, a parte ogni risoluzione ministeriale o regolamentare, se la legge forestale prefigge a pena di decadenza un termine per far denuncia dei vincoli a loro favore esistenti o da essi pretesi sui boschi altrui, questo sistema prescinde del tutto dallo stato di fatto attuale e lo contraria sostituendovi uno stato eminentemente di diritto, che prende la sua radice nella dichiarazione prescritta: che se invece si deve badare allo stato di fatto, allora le dichiarazioni sono inutili o non tengono affatto, nell'ipotesi di contrasto colla realtà alla quale unicamente dovrebbe aversi riguardo secondo l'ultimo concetto del legislatore. E, poichè si parla di *possesso di fatto* e il possesso anche illegittimo è ritenuto degno di reintegrazione nel caso di spoglio violento, non possiamo, come interpreti, incontrare difficoltà alcuna nell'ammettere che la legge speciale di cui stiamo trattando attribuisca un tanto valore al possesso di fatto e all'esercizio della servitù, da fondare su di questo una presunzione irremovibile, *iuris et de iure*, in favore dell'esistenza della servitù stessa. È implicitamente vietata ogni ricerca sul titolo: senonchè il titolo, quando pure potesse entrarvi (come un titolo estintivo di una identica servitù precedente: eppure non è da escludersi in modo assoluto che una medesima servitù, nella medesima forma e nei termini stessi, prima si estingua

Digitized by Google

e quindi torni a ricostituirsi tale e quale), cacciato da una parte per effetto della legge abolitiva di cui ci occupiamo, potrebbe ritornare dall'altra parte colle azioni accordate al proprietario dal Codice civile per il riconoscimento dei suoi diritti. Per la qual cosa, la legge abolitiva non avendo, nè avendo mai avuto la pretesa di derogare al regime della proprietà in diritto civile, il titolo avrebbe pur sempre la sua importanza. Ma qui si debbono fare due riflessioni soprattutto: prima che in tali casi, come si notò sopra, si ha il lungo esercizio della servitù e non il titolo della servitù, e che qualsiasi titolo di proprietà (anche liberatorio da servitù) non contraddice nè infirma l'esercizio attuale della servitù stessa; seconda che noi siamo in tema di liquidazione dello stato (diremo così) servile dei fondi, e che perciò anche questo favore accordato allo stato di fatto non si risolve già positivamente in un danno reale per un onere reale che s'imponga o si conservi nella servitù, ma bensì traducesi in un indennizzo od anche in una *datio in solutum* immobiliare.

Dunque il legislatore non ha inteso già di colpire più o meno la proprietà o di favorire più o meno la servitù come regime immobiliare l'una e l'altra, ma bensì ha voluto dare una sistemazione complessiva a tutti quanti gli interessi formatisi per lungo decorso di tempo sulle terre e per il godimento delle terre stesse: perlocchè l'interesse e lo scopo di rispettare lo stato di fatto è quasi un compenso della finalità abolitiva ed eversiva, non già l'affermazione di un qualche principio giuridico che contrasti colle massime generali del diritto. Questo spiega il riguardo verso lo stato di fatto; ma spiegherebbe ancor più la cosa, se lo stato di fatto, com'era al momento della soppressione, risalisse a lungo tempo indietro: del che non si occupa la legge, la quale invece si contenta di constatare una semplice condizione di cose attuale al momento della verifica e ricognizione della Giunta degli arbitri o in genere degli organi designati per attuare la funzione liquidatrice che è prevista dalla legge di cui si tratta.

L'art. 2 della legge attribuisce decisamente il carattere di servitù negativa o proibitiva alle servitù ed ai diritti colpiti di abolizione: e quindi esclude che gli utenti possano considerarsi come proprietari o come condomini delle terre

Digitized by Google

sulle quali i diritti stessi si esercitano e delle quali allora i proprietari attuali dovrebbero considerarsi come usuari o godenti una servitù anch'essi a lor volta rispetto agli utenti. In altri termini, il tentativo, a titolo di semi-rivendicazione sociale, di dimostrare che la proprietà di questi fondi dal principio fosse collettiva e soltanto in seguito divenisse privata per usurpazione che si fosse compiuta a danno del Comune o del villaggio (ove se ne fossero ripartite le utenze tra le varie famiglie od i vari cittadini), è stato completamente sventato ad opera della legge eversiva; poichè questa legge tratta l'istituto giuridico come una servitù negativa o proibitiva su fondo altrui. Così non è possibile equivoco, nè servitù di servitù; nè figura di proprietario o utente *iure comunitatis* o *uti civis* ma in dipendenza di una tale proprietà collettiva, il quale ad un tempo sia o possa essere anche esercente un diritto di servitù vera: tutto ciò non è possibile nè si confonde per sofisma d'interprete o per dubbiezza di legislatore, e resta sempre un concetto preciso e limpido, secondo il quale lo stato di fatto ad altro non risponde fuorchè ad una servitù negativa o proibitiva. Eliminato il pericolo di una confusione nella stessa persona della duplice qualità di proprietario e di utente in servitù prediale, resta la figura netta, così come la legge volle che fosse, di servitù. Ma perchè negativa e di che proibitiva? Fino ad ora noi ci eravamo abituati a chiamare servitù negative quelle *altius non tollendi* e *ne luminibus officiatur*, ma non ci veniva in mente di ritenere senz'altro negativa ogni servitù per il fatto che essa si affermi come negazione di una parte del contenuto della proprietà; nè di ritenerla proibitiva perchè proibisse una data forma di manifestazione della proprietà stessa, considerata nella sua portata quale di diritto pieno di disponibilità sulla cosa. Si tratta di una servitù positiva vera e propria, senza reticenze, senza sottintesi, senza restrizioni, senza attenuazioni: il possesso di fatto non fa cambiare l'indole dell'istituto, come non farebbe cambiare quest'indole il possesso di diritto; poichè la manifestazione del diritto ne prova l'esistenza, non ne inverte la natura.

Il possesso di fatto sostituisce il titolo e rivela pienamente e senza la possibilità di contraddizione (così vuole la legge)

Digitized by Google

la situazione giuridica della servitù, la sua estensione, il suo contenuto: poichè d'ordinario si tratta di un fatto antichissimo, il quale rimonta magari ad una secolare osservanza e si perde nei meandri di una prescrizione immemorabile. Questa sostituzione dello stato di fatto al titolo, per quanto piena e completa (lo ripetiamo), non toglie che si tratti di vera servitù positiva in tutte le regole e per tutti gli effetti, nè può ragionevolmente cambiarla in servitù negativa. Ma si dice che i veri proprietari un dì furono gli utenti e appariscono oggi proprietari solo in virtù di violente usurpazioni perpetrate nel corso dei secoli e attraverso le varie fasi della storia civile e politica: talchè il diritto dato oggi alle collettività degli utenti di fatto apparisce in sostanza piuttosto come una rivendicazione di proprietà, che come una pretesa di servitù. Ma a questo ragionamento specioso si può replicare che, se si tratta di rivendicazione di proprietà, l'effetto di essa non dev'essere una semplice affermazione od esplicazione di uso, bensì deve consistere nell'esercizio pieno e vero del diritto di proprietà, in tutta la sua estensione, in tutto il suo contenuto. E ciò è molto lontano dal sistema della legge attuale; che anzi questa in tanto riconosce la servitù d'uso, in quanto è appena necessario per liquidarla immediatamente. Se invece si trattasse di proprietà, non si saprebbe intendere una tal fretta e la soluzione meriterebbe di essere meglio ponderata, non solo, ma dovrebbe essere risoluta nel senso inverso; e cioè nel senso di concedere tutto all'uso e agli utenti e di espropriare coloro ai quali nei catasti figura l'iscrizione della proprietà per sostituire ad essi e nei catasti stessi gli utenti divenuti nuovi proprietari. Non è stato nè poteva essere dunque tale il pensiero del legislatore: e però, quando esso parlò di servitù negativa o proibitiva, certamente non intese autorizzare già con questo l'opinione che si venisse quasi a rivendicare una antica posizione di diritto in base ad una recente condizione di fatto che ne sarebbe quasi l'ultimo residuo e di cui la nuova posizione di diritto sarebbe una degenerazione od un equivoco.

Prendiamo dunque invece le cose come sono realmente: e ricordiamoci che questo non è l'unico caso, nè questa è la prima volta che il nostro legislatore mostra di avere uno

Digitized by Google

speciale riguardo alla lunga osservanza e alle condizioni di fatto in cui si trova un dato assetto territoriale all'epoca in cui la legge è emanata; ragioni di convenienza consigliando di non turbare lo stato di fatto e di non azzardarsi a scuotere il vespaio delle prescrizioni e dei titoli, di non rifare la storia tutta quanta da tempo antichissimo, senza dati sicuri ed elementi storici sufficienti. Anche in Roma avvenne qualche cosa di simile, quando il popolo volle cacciare il naso nella ripartizione delle terre e distribuzione della ricchezza immobiliare: si chiedeva di risalire alla distribuzione delle terre che lo Stato aveva dato semplicemente a *vectigal* ai privati, di richiamarle allo Stato per devoluzione a causa di usurpazione di proprietà (quasi per ciò che nei rapporti normali tra privati sarebbe accaduto *ob canones non solutos*) e di lasciare che lo Stato stesso ne facesse una nuova distribuzione tra privati. Ora, supponiamo che a quei tempi su questi *agri vectigales*, usurpati in proprietà da patrizi latifondisti, si fossero stabiliti diritti d'uso e di servitù, e che a una certa epoca, riconoscendo opportuna e legittima la cessazione dell'usurpazione della proprietà, se ne fosse ordinata la cessazione: ma che forse per questo, senz'altro, si sarebbe pensato a trasformare l'esercizio di una servitù nel diritto di proprietà? Questo no, certamente: nè i Gracchi nè altri l'avrebbero proposto, mentre anzi avevano il coraggio di spingersi fino in fondo, e cioè fino a proclamare una migliore ripartizione, o, almeno, una diversa ripartizione delle terre stesse. Laonde sembra che il voler far passare come un provvedimento eminentemente sociale questa sistemazione della proprietà immobiliare, come oggi vorrebbesi per le servitù od usi civici, rappresenti piuttosto una parodia che non un proposito radicale e veramente diretto a cambiare l'economia dei possessi territoriali. Il tener conto dello stato di fatto attuale per desumerne conseguenze giuridiche non è propriamente atto politico, ma è atto di deliberazione secondo le norme di diritto; atto di dichiarazione che fu suggerito dalla difficoltà di mettere in moto il congegno delle prove. Forsechè (si obbietterà) la difficoltà delle prove deve preoccupare il legislatore intento a proclamare un grande principio di diritto e a stabilirne l'immediata applicazione? La prova dovrà

Digitized by Google

preoccupare la parte interessata a far valere giudiziariamente il proprio diritto e non già il legislatore che determina il diritto. Il ragionamento, in verità, sembra giusto: senonchè, allontanandoci dal campo dei principî astratti ed assoluti, ci è d'uopo esaminare con maggior calma la situazione pratica: la prova non è scabrosa o difficile in uno od in pochi casi, ma in tutti i casi, a cagione della posizione di fatto inveterata e alla quale non si può rispondere d'improvviso con un colpo di penna. Si vogliono eliminare le servitù di pascere, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o imporre tassa a titolo di pascolo: e questo è fatto nell'interesse della proprietà, e non è poco. In compenso di ciò, quasi, è posta una maggiore agevolazione nel sistema probatorio della servitù stessa, inquantochè le risultanze dello stato di fatto dispensano dalla ricerca del titolo: cosicchè, fatta una volta la ricerca e su questa fondandosi la liquidazione dello stato anormale di servitù, non vi è più da tornar sopra, nè si tratta più di temere responsabilità per risoluzioni azzardate o per prove claudicanti. Il legislatore ha fretta grande di liquidare questa situazione di fatto, di liquidarla definitivamente, irrevocabilmente: ogni motivo di ritardo o di dubbio o di incertezze sembra quasi indisporlo, lo contraria, lo spinge a provvedimenti radicali, a risoluzioni energiche. La conseguenza di ciò è che non si può andare in là delle intenzioni del legislatore e non si può invertire la situazione di diritto per dare al legislatore stesso un'intenzione diversa da quella che esso ha avuta od ha effettivamente manifestato e tradotto nella legge eversiva: intenzione modesta, di fronte ai principî, ma importantissima in rapporto al cambiamento patrimoniale ed economico. Senza dubbio, nel godimento e riparto delle ricchezze in paesi montuosi e in zone improduttive, lo svincolo dei beni da queste servitù moleste e da questi diritti di sovrapposizione alla proprietà deve segnare l'istante di un rivolgimento non lieve nè indifferente e quasi l'inizio di un'epoca nuova e di una più feconda sistemazione della proprietà rispetto al lavoro dell'uomo: l'economista vi trova il germe di nuove vedute, di nuove o più libere attività, di una ricchezza più vicina alle fonti vitali dell'umano ingegno, per quanto questo possa essere applicato alle modeste risorse

Digitized by Google

di una più modesta industria, quale la pastorizia. Ma non sarebbe stato più lodevole provvedimento dare invece all'utente la disponibilità libera e piena dei beni sottoposti all'uso, ed espropriare chi dal suo fondo non trae direttamente quella utilità precipua che il fondo stesso, data la sua situazione e la sua natura, può offrire? Non sarebbe questo un vero provvedimento sociale, sul genere di quello che consiste nell'ammettere l'utilista all'affrancazione dell'enfiteusi dal dominio diretto? Perchè si è fatto il contrario, pur raccogliendo non piccola messe di lodi da chi si contentò di sfiorare soltanto il provvedimento eversivo ed i suoi effetti liberatori dai vincoli della proprietà, sia pure mercè il corrispettivo di un indennizzo pecuniario? Questa guerra ad un diritto reale, utile come tale e perchè tale, questa lancia spezzata a favore di un diritto pieno, che effettivamente molte volte si riduce a meno del suo diritto reale frazionario quando se ne spoglia, sono forse fenomeni dei tempi nostri, o non ci richiamano piuttosto altri tempi nei quali una cosa era il titolo della proprietà ed un'altra cosa l'utile concessione dei beni fatta al lavoro dell'uomo? E, se per le tendenze odierne questo punto di vista si è riconosciuto falso, o per lo meno retrivo, come si poteva, pur nel 1889, rendervi omaggio contrastando le vecchie tendenze favorevoli nell'enfiteusi alla liberazione dell'utilista dal predominio del titolare di proprietà? Si è seguita una soluzione a rovescio, per la semplice preoccupazione di rendere più commerciabile una proprietà che nella maggior parte dei casi (si parla del pascolo) non potrà essere adibita che a pascolo e non potrà essere venduta se non perchè sia tenuta a pascolo come sempre. Ebbene: si concepiscano pure quante vendite e rivendite successive si vogliano; quel terreno montuoso non potrà essere adoperato a semenza, nè a vigna, nè ad oliveto, nè a frutteto: e sarà sempre il pastore quegli che ne userà definitivamente ed effettivamente. E allora che cosa vi è di cambiato, nel fatto, grazie a questo nuovo ordinamento giuridico? Le comunità stesse o le associazioni nelle cui mani fu una volta l'esercizio di questo diritto, ispirandosi ai concetti moderni, nei loro regolamenti d'uso potranno anzi ravvicinare di più il lavoratore, ossia il pastore, alla terra; e questo ravvicinamento sarebbe più provvido di

Digitized by Google

ogni maggiore teorica commerciabilità di quei beni: e il regolamento dell'uso renderebbe la comunità più intenta alla ricerca dei veri interessi dei suoi amministrati.

68. La legge abolitiva stabilisce pertanto un diritto di affrancazione. Che si affranca dunque? Si possono affrancare due vincoli: la servitù di pascere, seminare, legnare ecc., rendendo la proprietà che n'è affetta libera da ogni gravame di questa natura (art. 2 della legge); la servitù stessa dalla proprietà del fondo gravato, allorchè *la estensione del terreno da cedersi in corrispettivo dell'affrancazione sia giudicata insufficiente alla popolazione per proseguire come per il passato nell'esercizio della pastorizia o delle altre servitù*. Nel primo caso l'indennità può darsi in terreno o in canone annuo (art. 2), nel secondo si effettua col pagamento di un canone annuo. Quì vi è molto, ma molto a ridire. Anzitutto il porre che può darsi un'indennità in terreno è tale uno strafalcione giuridico, che non trova la possibilità di giustificazione in alcuna costruzione di *datio in solutum*, per quanto se ne voglia estendere la portata: non si tratta, nè si può trattare d'indennità, ma, come fu bene osservato, di divisione piuttosto; come se l'esercente la servitù avesse una specie di comproprietà sul fondo dal quale si preleva l'indennità e che ordinariamente (sebbene la legge non lo dica) è lo stesso fondo gravato dal pascolo. Sta bene che il dare questo valore in denaro piuttostochè in terreno è in arbitrio di colui che affranca ossia del proprietario del terreno gravato dalla servitù: ma ad ogni modo il legislatore qualifica ugualmente indennità tanto l'una cosa come l'altra. Dopo ciò conviene osservare che la indennità in canone annuo (naturalmente, perpetuo) o è affrancabile, e allora non si doveva escludere la possibilità di capitalizzare fin dapprincipio la servitù e l'indennità relativa; o non è affrancabile, ed allora urta contro i principî di diritto i quali osteggiano la perpetuità dei canoni e ne facilitano l'affrancamento o la liberazione che dir si voglia. Entrambe queste conclusioni stanno a contraddire la logica; o si venga all'una o all'altra di esse, si trova del pari che la premessa, ossia la disposizione della legge, non va. Ma procediamo.

Digitized by Google

Sembra che sia posta la regola dell'abolizione delle servitù civiche di pascolo o simili: ma invece, praticamente, si vede che si tratta soltanto di ridurle al puro necessario e di evitare i vincoli eccessivi. E di vero: se il proprietario vuol liberare il fondo dalle servitù e sceglie l'indennità in denaro, non è questione; ma, solo che scelga di darla in terreno, può la comunità chiedere di affrancare dalla proprietà (e cioè quasi di comprare o di espropriare per pubblica utilità) quella parte maggiore del fondo gravato ch'è necessaria all'esercizio del pascolo. In altri termini, ciò significa che il proprietario, scegliendo di dare l'indennità in canone anzichè in terreno per la liberazione della sua proprietà dal vincolo della servitù di pascolo, può frustrare le mille volte (se si deve restare alla lettera della legge abolitiva) i bisogni della popolazione, per quanto riconosciuti dalla Giunta d'arbitri a termini dell'art. 9 della legge 24 giugno 1888, che la legge 2 luglio 1891, n. 381, ha modificato contemplando *la popolazione di un Comune o di una parte di esso* od anche *una università o associazione di cittadini.* Ma questo non fu e non poteva essere il pensiero del legislatore: e perciò è d'uopo concludere che gli sia fallita l'espressione. E anche qui, nel caso d'insufficienza del terreno ceduto in corrispettivo della liberazione od affrancazione della servitù di pascolo (e questo fa supporre che, come dicemmo prima, il corrispettivo ordinariamente si distacchi dal fondo gravato), si ammette l'affrancazione di tutto (quantunque si lasci supporre che una parte ne sia stata data prima in corrispettivo dell'affrancazione dalla servitù) o di parte del fondo gravato; e quest'affrancazione si fa consistere nel pagamento di un annuo canone al proprietario. Siamo dunque da capo col canone: se non lo paga il proprietario, lo pagano gli utenti conservati. Ma che baraonda è questa, che sistema anfibio e fallace, che abolizione o liquidazione definitiva; mentre, le più volte, il più dei casi, si tratta di popolazioni o associazioni utenti e queste hanno bisogno di esercitare il pascolo coi loro regolamenti; altrimenti non avrebbero di che vivere? Or dunque il concetto del legislatore, di riduzione al puro necessario degli oneri del pascolo pubblico sulla proprietà privata, avrebbe

Digitized by Google

potuto concretarsi diversamente; e cioè sarebbe stato piuttosto il caso di escogitare un riordinamento di questa materia per ordine pubblico e nel pubblico interesse, magari affidandolo sempre alla Giunta arbitrale, ma con sue espropriazioni e con suoi indennizzi (preferibilmente una volta tanto e senza parlare di canoni ancora), all'infuori di ogni azione o resistenza di parti interessate, sia privati come enti collettivi. Facoltà piena di abolire o di conservare il vincolo, in tutto o in parte: facoltà piena di sistemare per questo aspetto la proprietà rurale, di giudicare se sia o no opportuno dar soddisfazione ai desideri della popolazione oppure al diritto rigoroso e non diminuibile della proprietà piena, che non può dividersi o menomarsi se non nei casi più gravi per autorità di pubblici poteri. E di vero, se non si può affermare irrevocabilmente un principio, resta inevitabilmente il campo alla discrezione del potere politico per disporre di sua autorità che si segua l'uno o l'altro indirizzo a seconda dei casi e in riguardo agli interessi della popolazione. Vi è una scuola napoletana che proclama gli usi civici dovuti da chi sta al governo per le necessità stesse della vita e che richiama i benefici effetti prodotti da questi usi nell'epoca feudale: ma quest'opinione prima di tutto è appropriata ai paesi del mezzogiorno, dove il feudalismo pose radici più salde che non nei territori retti a sistema romano e non invasi da genti nuove che sconvolsero di sana pianta tutte le principali istituzioni dei paesi occupati importandovi il sistema loro proprio. Nel territorio rimasto a regime romano e retto ancora dal diritto comune il sistema feudale si stabilì molto lentamente e non s'impose con violenza alle popolazioni vinte: talchè rappresentava piuttosto una trasformazione graduale che violenta, come si può dedurre dagli studi più accurati di storia interna della proprietà e delle sue modificazioni. Quindi queste popolazioni rette a base di diritto romano, divenuto comune, e colle consuetudini romane non risentirono effettivamente troppo fastidio per l'applicazione della prevalenza signorile anche alla distribuzione e al riparto della proprietà privata: e non vi era bisogno di cercare negli usi civici un temperamento a favore e benefizio delle classi povere dei vassalli d'infimo ordine, i quali

Digitized by Google

non avessero nella gerarchia feudale altre classi da sfruttare. Non invocando il diritto di natura all'esistenza, deve tuttavia il legislatore per lo meno riconoscere che certi terreni non possono, per le loro peculiari condizioni di fatto, trovare altra migliore destinazione all'infuori del pascolo ad uso collettivo delle popolazioni interessate: e, non potendo pretendere un cambiamento forzato di tali condizioni di destinazione, deve ammettere, nei limiti bensì del puro necessario ai bisogni locali, il mantenimento degli antichi usi civici.

Qualche indizio a riguardo dell'indole dell'affrancazione concessa al proprietario può anche desumersi dalla misura di essa. Nell'affrancazione dell'enfiteusi, secondo l'art. 1564 Cod. civ., si stabilisce un capitale corrispondente, sulla base dell'interesse legale, all'annuo canone, oppure al valore del canone in derrate calcolandolo sulla media dell'ultimo decennio: invece, trattandosi di servitù prediali, non si affranca più a mezzo di un capitale, ma invece a mezzo di un canone o di un capitale immobiliare. Il sostituire ad una corresponsione periodica o ad un godimento od uso continuativo un'altra corresponsione periodica non significa già affrancare nel senso vero e proprio, ma significa permutare, passare da un sistema all'altro di vincolo o di gravame, e non liquidare completamente il sistema dei vincoli o gravami alla proprietà fondiaria. A sua volta però, per l'art. 6 della legge, questo canone è sempre affrancabile, seguendo la regola generale di tutti i canoni gravanti immobili: ed eccoci di fronte ad un altro riconoscimento della proprietà del proprietario di un fondo gravato di servitù e ad un'esclusione evidente di ogni concetto di diritto di proprietà da parte dell'utente la servitù. Quanto alla cosiddetta indennità in terreno, essa è davvero un'anomalia ed un'eccezione a tutte le regole generali relative alla materia: sotto un certo punto di vista, questo rappresenta come un certo fatto di divisione del fondo tra il proprietario e l'utente della servitù od uso; e pare che risponda quindi più propriamente al concetto che tra il proprietario e l'utente o utenti debba propriamente riconoscersi come uno stato di comproprietà, perchè senza comproprietà non potrebbe aversi divisione. Nè vi ha alcun dubbio che questo ragionamento possa anche applicarsi al-

Digitized by Google

l'ipotesi di utenti privati e non di collettività di utenti. Non può dubitarsi di fronte all'art. 17 della legge, che fu aggiunto per iniziativa del Senato allo scopo di abrogare completamente la notificazione pontificia del 1849. Nè vale il dire che all'art. 3 si adopera l'espressione *dare un'indennità o in terreno od in annuo canone*, mentre nell'art. 17 non si tratta che di *pagare la indennità;* nè che, trattandosi nell'articolo 3 di un'eccezione alla regola, e cioè di uno *ius singulare*, questo *non sit perducendum ad consequentias.* Lo *ius singulare* vi è; ma questo *ius singulare* risulta già dall'art. 2 della legge (alinea), che richiama le *servitù ed i diritti di cui all'art. 1*, ossia (art. 1) le servitù esercitate dalla generalità degli abitanti dei Comuni e frazioni, o da associazioni di cittadini sopra beni comunali, o di altri enti morali o di particolari. Dunque non è, se mai, il solo art. 3 che ci può far sorgere il dubbio, ma tutto il sistema della legge fino all'art. 1: l'aver insistito sull'art. 3 perchè la indennità si traduca in cessione immobiliare quando le servitù si esercitano dalla generalità degli abitanti o da una università od associazione di cittadini non significa già che siasi voluto porre un caso di estensione minore della specie generica contemplata nell'art. 1, ossia che siasi voluta fare una suddistinzione sulla distinzione generale. L'ipotesi resta sempre quella fino all'art. 17 il quale estende le disposizioni eversive, e quindi tutto quanto lo *ius singulare*, anche alle servitù costituite a beneficio di privati e da privati esercitate: così lo *ius singulare* si completa e si estende non con un procedimento arbitrario dell'interprete, ma per opera dello stesso legislatore. Le disposizioni eccezionali degli art. 1-3 divengono disposizioni eccezionali anche nell'art. 17 e per l'art. 17: l'eccezione così è riposta nel contenuto del diritto, non già nelle persone dei soggetti attivi o passivi del diritto stesso, e cioè si tratta di una eccezione obbiettiva inerente *in re ipsa.* L'abolizione è uguale in un caso e nell'altro; e perciò si dice: *sono ugualmente abolite le servitù*, ecc. Non è dunque qui da preoccuparsi di adottare piuttosto un'interpretazione ristrettiva che un'interpretazione estensiva: ma invece conviene riconoscere il valore della legge in tutta la sua portata, senza *perducere ad consequentias* quello *ius singu-*

Digitized by Google

lare e soltanto valutandone giustamente tutta quanta l'entità. L'improprietà del linguaggio, del resto, sta nel dire che si dia un'indennità in canone od in terreno più che nel dire che si paghi un'indennità in denaro o in terreno: un legislatore che ha ritenuto di poter considerare una cessione di terreno alla pari di un pagamento d'indennità, tanto più può essere ritenuto capace di adoperare promiscuamente le due espressioni di pagare un'indennità in terreno e di dare una indennità in terreno. Il più paralizza il meno, anche in materia di errori o d'improprietà di linguaggio: l'assorbimento di una inesattezza minore in un'inesattezza maggiore può anche ritenersi come un corollario di logica sana ed è ad ogni modo arma di buona scuola. Queste servitù esercitate da privati, d'altronde, sono *egualmente* abolite come le medesime servitù esercitate da collettività: nè la legge ha accennato ad alcuna disparità di trattamento, nè l'articolo 17 è compilato in modo da far ritenere in modo aperto che per i privati utenti non siasi voluta ammettere l'indennità in terreno. Del resto, nel caso raro che i privati utenti non siano costituiti in collettività reale od ideale, essi non sembrano degni di minor riguardo degli utenti ai quali si riferisce l'art. 3 della legge; nè il Senato, aggiungendo questa disposizione, ha inteso di creare uno *ius singulare* diverso da quello ch'era stato già costituito e riconosciuto per le collettività: tanto più se si considera che un solo particolare, il quale eserciti su vasta scala l'industria della pastorizia, può mandare al pascolo molti più capi di bestiame di quanti possa inviarvene una collettività tutta intiera e può riversare su tutta quanta una comunità rurale i benefizi indiretti od i prodotti della sua industria. La considerazione puramente economica è dunque anch'essa lontana dall'appoggiare la teoria della distinzione fondata unicamente sulla qualità personale dell'utente o utenti, secondochè si tratti (senz'altro) di collettività o di privati.

Ancora di affrancazione si parla nell'art. 9 della legge del 1888, modificato dalla legge del 2 luglio 1891. Quando la Giunta d'arbitri riconosca indispensabile per la popolazione di un Comune o di parte di esso, o per una università od associazione di cittadini che si continui nell'esercizio dell'uso,

Digitized by Google

e la estensione del terreno da cedersi in corrispettivo dell'affrancazione sia giudicata dalla Giunta stessa insufficiente alla popolazione o alla parte di essa od alla universalità od associazione di cittadini per proseguire come per il passato nell'esercizio della pastorizia o delle altre servitù, avuto riguardo alle condizioni speciali dei luoghi; allora la Giunta d'arbitri ammette gli utenti all'affrancazione (*sic*) di tutto o di parte del fondo gravato, mediante pagamento di un annuo canone al proprietario. Questa disposizione venne in seguito a reiterati sforzi del Ministero di agricoltura per avocare a sè questa materia della conservazione dell'esercizio di tali servitù in quelle zone montuose ed incapaci di miglior coltura, nelle quali l'interesse pubblico avrebbe imposto di derogare per lo meglio al concetto della legge eversiva: in altri termini il Ministero voleva a sè riservata la facoltà di applicare o non applicare, nella loro sostanza, le disposizioni fondamentali della legge. Ma ciò non fu accettato dalla Commissione parlamentare, che teneva all'applicazione del principio fissato nella legge; e pur tuttavia, in linea di massima, la Commissione stessa non poteva disconoscere l'opportunità di aderire in taluni casi ai legittimi interessi di popolazioni intiere, fossero questi interessi più o meno diretti, più o meno importanti: ed allora sorse il concetto di affidare questo incarico alle Giunte di arbitri, le quali, essendo a contatto diretto dei luoghi, avrebbero potuto anche con maggior competenza e cognizione di causa provvedere alla soddisfazione di bisogni reali e non disconoscibili senza grave peccato di vanità teorica. Peraltro nell'art. 9 non si trovano gli elementi di un'affrancazione vera e propria, comunque la legge si esprima: gli utenti non sono proprietari del fondo sul quale esercitano l'uso, e, non essendone proprietari, non possono nè in tutto nè in parte affrancare il fondo stesso. È dalla proprietà che essi vogliono liberarsi, non la proprietà che vogliono liberare; è un concetto contrario, non favorevole, al diritto di proprietà quello che ha inspirato il legislatore nella concessione di una proprietà novella, sostituita all'uso primitivo, nei limiti del minimo mezzo.

È una vecchia proprietà che si estingue in parte ed una nuova proprietà che sorge in parte sull'intiera proprietà pre-

Digitized by Google

cedente: questa si divide, si fraziona in due parti, diventa adattabile come mezzo dell'antico diritto dei vecchi proprietari e dell'antico diritto di utenza dei proprietari nuovi, i quali per tal modo non sono più utenti come per l'addietro, ma divengono proprietari a loro volta, assorbendo nel diritto pieno di proprietà ogni diritto frazionario che avessero, esercitassero o vantassero prima. Or che altro può questo essere, qual'altra figura giuridica rappresentare od adombrare, da quella infuori di una comune ed ordinaria divisione di proprietà? O, se più ci aggrada, una espropriazione parziale a causa di utilità pubblica e nell'interesse di una collettività rurale, legata per abitudini e necessità di vita, per condizione economica e territoriale, all'esercizio di quei dati usi civici o all'utilizzazione sotto una qualsiasi forma del contenuto in essi? L'art. 3 traccia veramente lo schema di una cessione; quando le servitù in parola si esercitano col godimento in natura, la indennità a carico del proprietario deve consistere nella *cessione* di una parte di ciascun fondo affrancato; la qual parte abbia un valore eguale a quello che si giudichi competere al diritto che rimane abolito. Si tratta dunque di una cessione forzata, ossia, in sostanza, d'una divisione vera e propria: poichè in taluni casi al vecchio proprietario può non importar nulla di liberare una parte del fondo per spogliarsi intieramente della proprietà sull'altro, come talora può non interessargli per nulla di avere per sè libera neppure una parte del suo fondo, la quale non possa altrimenti utilizzarsi che sotto forma di pascolo, seminatico, legnatico, erbatico, fida, ecc. La cessione forzata allora, in sostanza, racchiude i termini di una vera divisione della proprietà: divisione la quale si effettua ragguagliando il capitale *terra* al reddito capitalizzato o valore del diritto abolito, giusta i criteri fissati poi agli art. 5 e 6. Quando questa divisione è fatta, non è però fatto tutto: allora si può passare all'applicazione dell'art. 9. La Giunta d'arbitri può riconoscere l'esistenza di due circostanze: 1ª che per una popolazione sia indispensabile la continuazione dell'esercizio dell'uso; 2ª che la estensione del terreno da cedersi in corrispettivo dell'affrancazione sia insufficiente alla popolazione per proseguire nell'esercizio della pastorizia o delle altre servitù, avuto riguardo alle condizioni

Digitized by Google

speciali dei luoghi. La Giunta d'arbitri, che siede in permanenza, naturalmente è al caso di esercitare una vigilanza continua e un'osservazione diligente e quasi quotidiana, anche dopo e molto tempo dopo l'applicazione integrale e diligente e fedele dell'art. 3: talchè si può supporre che ordinariamente dall'applicazione dell'art. 3 all'applicazione dell'art. 9 corra un periodo più o meno lungo di esperimento e di prova sul fatto, perchè si possa constatare se la collettività ha quanto le occorre per quella sua modesta vita economica che si basa sulla pastorizia, sul legnatico, ecc.; oppure se vi è d'uopo di venire in sussidio ad essa e cambiare le condizioni attuali aumentando il godimento per estensione superficiaria.

Constatato che il terreno rimasto agli utenti in proprietà (quantunque ad essi ne basti l'uso soltanto) sia insufficiente ai bisogni della collettività, si procede ad una specie di espropriazione per utilità pubblica, allo scopo di fornir agli utenti altra superficie di terreno per ivi esercitare il loro diritto a seconda del bisogno. L'espropriazione è mascherata sotto forma di affrancazione e non si regola punto colla disposizione dell'art. 438 Cod. civ., il quale all'espropriazione fa corrispondere il pagamento di una giusta indennità (s'intende, indennità in capitale): all'indennità, che di per sè accenna una corresponsione per una volta tanto, si sostituisce la corresponsione di un canone; sistema che sarebbe comodo nelle grandi città da trasformarsi con piani edilizi, per l'espropriazione dei fabbricati che si debbono invece pagare con somme di capitale, e che viceversa non può essere stato respinto quando era più opportuno, per mantenerlo là dove meno se ne sentiva la necessità. A prescindere anche dalla non giusta indennità (poichè è soddisfatta in canone ossia in rendita come corrispettivo di un capitale; cambiando e impedendo così la possibilità d'impiego parallelo), il volere solo in questo caso agevolare gli interessi dell'espropriante è una vera ingiustizia, appunto in confronto della mancanza di tali agevolazioni per lo sviluppo edilizio dei Comuni e per le espropriazioni dirette all'esecuzione di piani regolatori. In tal caso è vero che la pratica insegna come invece siano agevolati gli interessi degli espropriati proprietari di case, alle quali si trova spesso modo di calcolare il valore con criteri tali da

Digitized by Google

render più conveniente l'espropriazione forzata nell'interesse dei Municipi della vendita volontaria a privati: talchè i proprietari espropriati riducono i Municipi stessi in condizioni peggiori degli enti ecclesiastici non soppressi, i quali almeno, convertiti i loro beni immobili in titoli di rendita corrispondenti, si trovano in cassa dei titoli commerciabili di loro natura (salva la tutela patrimoniale del Governo); mentre i canoni sono difficilmente commerciabili e restano inadatti alla capitalizzazione, se e finchè il debitore non crede bene di affrancarli sostituendovi il capitale relativo. In altri termini, la capitalizzazione di questo canone dipende dal debitore del canone stesso e non dal creditore, il quale così non può realizzare alcun capitale di sorta senza il beneplacito del suo debitore: ed è diverso parlare di canone dovuto dagli antichi utenti al proprietario e di canone dovuto dal proprietario agli utenti, poichè gli utenti hanno sempre disposto di tutt'altro che di capitale, ed anzi essi non si ebbero se non una rendita in natura e sempre variabile di anno in anno.

Ma, quando gli utenti divengono proprietari a loro volta, si usano ad essi per contro tutte le agevolazioni possibili, quali non si sognava di accordare ai proprietari ora espropriati prima che si espropriassero: la qual cosa rivela una disparità di trattamento poco logica e meno equa. Nè basta; il favore per gli utenti ridonda anche a danno dei terzi; perchè l'art. 4 della legge dispone che la parte di terreno assegnato agli utenti resti libera da ogni peso ed ipoteca, consolidandosi e restringendosi tali gravami soltanto nel fondo liberato dalla servitù (salva però la ripartizione dell'imposta prediale secondo le regole ordinarie). Se gli usi stessi che si redimono sono affetti da vincoli o da ipoteca, questi vincoli o quest'ipoteca sono tolti dalle terre redente e ristretti alla porzione data per indennità in contraddittorio col creditore: che se i pesi e le ipoteche gravano tanto la proprietà quanto gli usi redenti, si procede per divisione di essi fra l'una e gli altri a seconda delle disposizioni in vigore per il Codice civile. Relativamente ai pesi, dunque, gli utenti sono considerati come comproprietari; mentre per gli altri riguardi il concetto di comproprietà, come vedemmo, non regge. Si tratta dunque di una finzione adatta alla soluzione di un caso

Digitized by Google

determinato e quasi plasmata a bella posta per uscire da una situazione imbarazzante e non già allo scopo di dar vita ad una costruzione razionale e concreta di un diritto: e però navighiamo in pieno opportunismo ed in pieno empirismo, senza che una qualsiasi critica scientifica possa venirci in soccorso.

E la legge non si è preoccupata che dell'ipotesi della divisione, trascurando le altre ipotesi che il proprietario affranchi pagando un canone agli utenti e che gli utenti a loro volta affranchino pagando il canone al proprietario. In tali casi, dunque, come si provvede relativamente ai vincoli ed alle ipoteche; fanno queste capo al proprietario o agli utenti, o come si ripartiscono tra l'una e l'altra parte? È evidente che i creditori del proprietario potranno garantirsi sui beni da costui liberati e i creditori degli utenti potranno garantirsi sul canone, che offre anzi una garanzia più solida di quella prima avuta. Che se gli utenti sono ammessi all'affrancamento, per l'ultimo capoverso dell'art. 9 gli utenti debbono al proprietario un canone determinato in base al valore del fondo con depurazione dall'onere della servitù; ed allora, in applicazione analogica dell'art. 4 della legge, essi debbono avere il fondo libero da ogni altro peso che non sia quello del canone; restringendosi tutti i pesi e le ipoteche, preesistenti a carico del proprietario, al canone spettante ad esso come compenso della epropriazione da lui sofferta della parte di fondo destinata all'esercizio diretto della servitù. Che se si ammette che tutti i pesi reali gravanti sul fondo siano accollati agli utenti, calcolando il canone in base al residuo che resta al proprietario detratto l'onere della servitù con tutti gli altri pesi; in tal caso il proprietario di mala fede e furbo si indebita prima di santa ragione e fa passare tutte le ipoteche agli utenti, obbligando questi, divenuti proprietari, a pagare ai terzi creditori più di quanto avrebbero dovuto pagare al proprietario stesso pel valore dei suoi diritti sul cosiddetto fondo affrancato: soluzione questa, la quale, mentre garantisce i diritti dei terzi, cozza però coll'art. 4 della legge e coll'art. 1567 Cod. civ. Ammettendo per contrario l'altra soluzione, se i creditori insoddisfatti dal debitore sono costretti a valersi dei loro diritti, essi dovrebbero o contentarsi di per-

Digitized by Google

cepire il canone e così soddisfarsi con molta lentezza e con problematica pienezza, o cercare di vendere il canone stesso per un prezzo minimo e mai uguale al capitale corrispondente al suo reddito annuo: e ciò sia perchè concorrono le ragioni generali dette sopra a proposito dell'entità economica del canone, sia perchè questo canone stesso si può affrancare in rendita pubblica. Eppure i creditori si erano garantiti con ipoteche regolari: solo ebbero la sfortuna di fondare le proprie garanzie sopra beni vincolati a questi oneri reali. E potrebbe dirsi che essi, per valutare con precisione la garanzia che si preparavano ad assumere, avrebbero dovuto tener presente anche l'esistenza di questi oneri reali e calcolarli in detrazione del valore del fondo stesso; e che effettivamente lo faranno, allorchè la legge in esame sarà entrata nel campo dei costumi ricevuti e osservati nelle zone montuose o quasi montuose, a seconda delle località di cui si tratta e dell'onere al quale noi facciamo allusione. Ad ogni modo, l'art. 9 crea dei seri imbarazzi e non sempre apparisce di giusta applicazione e racchiude in sè germi fortissimi di lesione di diritti dei terzi: perlocchè si è perfino escogitato l'espediente di autorizzare gli utenti a contrarre mutui di favore colla Cassa depositi e prestiti, allo scopo di soddisfare in capitale e non in canone il prezzo dell'espropriazione delle terre necessarie all'esercizio della servitù. A noi sembra tuttavia esagerata questa preoccupazione sul pagamento del prezzo dell'espropriazione; trattandosi praticamente quasi sempre di terre sterili, le quali, oltre alla produttività corrispondente al vincolo di cui si tratta, di regola non offrono altri proventi apprezzabili e degni di valutazione, e però quasi sempre essendo il caso di pagare per l'espropriazione un prezzo poco elevato in rapporto con quello che dovrebbe pagarsi per altri fondi normalmente produttivi, a parità di superficie od estensione territoriale. Si tratta, in fondo, di miserie; e poi ormai gli istituti di credito agrario si sono effettivamente incaricati di risolvere la questione, se pure non concorra accidia di uomini.

Circa l'affrancazione, vi è ancora qualche cosa da osservare. L'art. 3 della legge dispone a favore delle generalità di abitanti o delle associazioni civiche che il proprietario,

Digitized by Google

per l'affrancazione di una parte del suo fondo, ceda l'altra parte in proprietà agli utenti: escludendo così l'alternativa tra questa cessione immobiliare e la corresponsione dell'annuo canone, prevista dalla disposizione generale della legge stessa; ed escludendola naturalmente, grazie ad una eccezione evidentissima a favore dell'uso di tali servitù e a danno dei proprietari. Ora, all'art. 5, n. 2, della legge è prescritto che la indennità di cui all'art. 2, ossia sempre per lo svincolo e l'affrancazione della proprietà del fondo vincolato, debba sempre consistere in un annuo canone corrispondente al valore del reddito annuo della servitù dalla quale il fondo o le terre rimangono vincolate, quando la parte da segregarsi da ogni podere, possedimento o tenuta a titolo d'indennità non superi la superficie di quattro ettari nelle regioni montane e di dieci ettari nelle altre. Questa eccezione alla eccezione è stata ispirata al concetto d'impedire il soverchio frazionamento della proprietà. Resta però anche in questo caso ferma la disposizione dell'art. 9 per l'ipotesi che per la popolazione sia riconosciuto indispensabile di proseguire come per lo passato nell'esercizio della pastorizia e delle altre servitù: perlocchè gli utenti, sotto forma di affrancazione, possono venire a conseguire (senza limiti di superficie) quel territorio che non poterono ottenere per l'affrancazione fatta dal proprietario del fondo vincolato, nel suo proprio interesse; e l'eccezione dell'articolo 5 praticamente rimane spoglia della sua efficacia di fatto.

69. Ed ora esaminiamo un po' più davvicino l'istituto del canone nell'affrancazione fatta sia nell'interesse del proprietario, come nell'interesse degli utenti. Per l'art. 5 della legge il proprietario del fondo è sempre ammesso ad affrancare col pagamento di un canone, salva l'eccezione dell'art. 3 completata dall'art. 9. *Quid iuris* se il diritto degli utenti sia di così poco valore da meritare un corrispettivo assai esiguo? L'ipotesi in pratica non si avvererà forse mai; appunto perchè ripugna quasi di concepire che vi sia assoluto bisogno di esercitare col godimento in natura diritti di tanto lieve importanza. In teoria spetta però alla Giunta la facoltà di ammettere l'esercizio di quei diritti col godimento stesso; e di vero, mentre la

Digitized by Google

norma stabilita nell'art. 5 della legge si può leggere nella notificazione pontificia del 1849, quella dell'art. 9 si affaccia per la prima volta nel progetto concordato tra Ministero e Commissione del 17 dicembre 1887 e per la stessa ragione d'interesse pubblico che la inspirò dimostra che l'esecuzione od attuazione di propositi così universali non può, nè deve, trovare nei casi singoli impedimento di sorta. Poichè si tratta di una disposizione di per sè generale, l'eccezione dovrebbe essere espressamente e chiaramente determinata: e però, non essendo determinata, sembrererebbe non doversi riconoscere. Dunque, considerando la legge abolitiva nel suo vero senso, noi vi troviamo contemplate due specie di canoni: uno da pagarsi dal proprietario agli utenti dei diritti aboliti sui suoi fondi e corrispondente giustamente al valore del reddito annuo di quei diritti stessi, un altro da pagarsi dagli utenti al proprietario e corrispondente al valore del reddito annuo del fondo affrancato diminuito del valore annuale delle servitù che lo gravano. Questi valori debbono calcolarsi sulla media dell'ultimo decennio: e questo calcolo si deve all'aggiunta del Senato, mentre nel progetto ministeriale e nel testo della Camera elettiva si era fissato come base il decennio 1878-1887, quantunque rimanesse e fosse lasciato sempre aperto il termine per l'abolizione di tali vincoli.

Oltre a ciò il Senato fissò il termine di sei mesi utili per l'iscrizione dell'ipoteca con priorità di grado su tutte le altre: termine che pur tuttavia prima non esisteva di fronte ad un medesimo concetto di priorità. Quanto all'ultimo capoverso dell'art. 6, vuolsi notare che nel progetto concordato tra il Governo e la Commissione si diceva sempre affrancabile il canone secondo le norme del Codice civile, e, appartenendo ad enti morali, secondo le prescrizioni della legge 24 gennaio 1864, n. 1636. Questa disposizione era giusta; ma il Senato stabilì, Ministro e Camera dei deputati accettarono che l'affrancazione sia data secondo la legge suddetta del 1864, senza richiamo di sorta al Codice civile. Laonde, dovendosi applicare questa legge del 1864 e il relativo regolamento approvato col r. d. 31 marzo 1864, non si può a meno di applicare il pagamento in rendita di Stato al valore nominale e non al valore di Borsa. Che questa sia una vera enormità,

Digitized by Google

per nulla attenuata da considerazioni di una speciale sollecitudine e rapidità nella procedura dell'affrancazione, non non v'ha chi non vegga: lo Stato che si intromette tra gli utenti ed i proprietari, siano pure gli utenti delle popolazioni intiere ed i proprietari siano Municipi od enti morali di qualsiasi specie, per collocare in mezzo ad essi la propria rendita, ha l'aria di voler concludere un affare che troverebbe meglio il suo terreno in Borsa, servendosi della ragione del più forte e di una specie di diritto d'imposizione sul meno forte: quasi avesse così escogitato uno dei mezzi per resistere alle oscillazioni del mercato per le libere contrattazioni dei privati.

Del resto, questa non sarebbe l' unica deroga al diritto comune per stabilire, più o meno direttamente, una disciplina fiscale e un mezzo di provento ingiustificato all'erario dello Stato: talchè si può ritenere che rientri nel novero delle delizie del fiscalismo nostro, e noi sentiamo di essere quasi astretti da violenza a ridurre i nostri crediti fondati sul canone che si affranca o a contentarci di un capitale non corrispondente all' effettivo valore del canone, quantunque con tanta scrupolosità questo sia calcolato sull'ultimo decennio. Ma appunto una ragione di dubitare sull'applicazione del regolamento 31 marzo 1864 per il pagamento in rendita dello Stato sta in ciò, che, se si applicasse un tal metodo di pagamento al valore nominale dei titoli, sarebbe inutile richiamare la media dell'ultimo decennio come punto di partenza del calcolo; perchè questa già accenna al desiderio di precisione; e la precisione, anzi ogni precisione, è frustrata dall'oscillazione dei titoli di rendita nel mercato. Per la qual cosa, data l'interpretazione nel senso di un'applicazione integrale del regolamento del 1864 da un canto, e dall'altro data la media dell'ultimo decennio; si avrebbero due criteri contraddittori per il fine al quale essi sono rivolti: nell'una disposizione non si avrebbe certezza di nessuna specie rispetto ad una somma preventivamente determinabile in rapporto al valore del diritto; nell'altra disposizione si avrebbe invece questa determinazione e l'intento di commisurare a scopo di equivalenza un diritto con una somma di denaro. Si vede che il legislatore non ha ponderato abbastanza questo punto di diritto e di legge e perciò ci obbliga ad uno sforzo

Digitized by Google

d'interpretazione non indifferente della sua volontà e del suo piano complessivo di massima. Noi dobbiamo regolarci soltanto *tota lege perspecta*, e cioè per desumere un effetto complessivo in corrispondenza coll'intenzione del legislatore. Inoltre conviene tener presente la diversa efficacia di una disposizione espressa e di una disposizione richiamata: per cui, nel conflitto tra l'una é l'altra, sembra che debba restar ferma piuttosto la disposizione espressa, siccome quella in cui è più sicura ed evidente l'intenzione del legislatore; e che la disposizione richiamata in tanto possa applicarsi, in quanto poi vi sia modo di conciliarla coll'altra. Ora, il legislatore ha voluto che si trovasse la via di un ragguaglio preciso e di un calcolo evidente tra il canone e il valore della servitù, tra l'affrancazione del canone e il canone stesso: non volle lasciare nel dubbio o nell'equivoco questo punto, ma si preoccupò seriamente della confusione che sarebbe sorta senza una determinazione legislativa a questo riguardo.

Ed è forse presumibile che, mentre da un canto si comportò siffattamente, dall'altro egli lasci aperto l'adito alla maggiore incertezza ed oscillazione di criteri, alla maggiore indeterminatezza, ai criteri più disparati e più inesatti? Ma, anche dato che il legislatore non abbia avuto a questo riguardo criteri determinati e sicuri, se l'interprete può onestamente correggere questo difetto o imperfezione nella legge, tanto meno male; sembra che in tal caso anzi l'opera dell'interprete debba ritenersi molto utile e debba essere apprezzata al massimo grado. Il legislatore forse non ha avuto coscienza di queste difficoltà e neppure ha pensato di eliminarle: ma assai provvidamente si è messo in condizione da autorizzare l'interprete in questa bisogna, da render possibile e secondare un'azione che potrebbe chiamarsi riparatrice al massimo grado e perciò in sommo grado benefica e adatta alla soluzione delle difficoltà pratiche. Esso ha commesso un peccato di omissione; ma, se questo peccato per suo fatto non è anche irreparabile, il renderlo tale non è atto di buon giureconsulto e neppure (staremmo per dire) di ottimo cittadino. Noi abbiamo precisamente il mezzo per rimediare all'errore di un richiamo fatto troppo genericamente e senza limitazione precisa: e non possiamo rifiutare di at-

Digitized by Google

tenerci a questo mezzo e di adoperarlo: ogni scrupolo sarebbe fuor di luogo, e anzi sarebbe illogico e improvvido non meno dell'inesattezza commessa dal legislatore. Ma è forse argomento di poca fedeltà dell'interprete verso il legislatore, è forse sostituzione di volontà, ingerenza indebita o fuori di luogo? Il legislatore ha richiamato la legge, non il regolamento, del 1864, per stabilire che il canone è sempre affrancabile secondo le prescrizioni di quella legge: ma, per verità, non fa allusione espressa alla facoltà di adoperare la rendita per questa specie di affrancazione; mentre in tal caso sarebbe occorsa proprio una menzione espressa e particolare. La legge quà e là, e in questo stesso articolo, ha curato tali dettagli, che apparisce evidente come non avrebbe dovuto tacere nel caso speciale, se avesse voluto l'applicazione della legge del 1864 o del regolamento relativo per quanto riguarda l'affrancazione in rendita pubblica: non avendolo fatto, sembra risulti evidente ed implicita l'intenzione di applicare le disposizioni di massima della legge del 1864, ma non la facoltà speciale di adoperare i titoli di rendita pubblica; per il che sarebbe occorso un richiamo apposito, data l'importanza giuridica, ma soprattutto economica della cosa. Di più non risulta che nelle discussioni preparatorie siasi ventilata nè punto nè poco questa ipotesi o siansi per questa proposte più suluzioni discutendo sulla più adatta di esse o siasene proposta anche una sola, quella cioè che si sarebbe adottata e che consisterebbe nel pagamento in rendita: e, se ciò non risulta, sembra che non si possa al legislatore attribuire un'opinione che esso non ha punto avuto. Del resto, la ragione del decidere non è la stessa nella legge sull'affrancamento dei canoni enfiteutici, livelli, censi, decime, ecc., e nella legge sull'abolizione degli usi civici o servitù di pascere, legnare, ecc.: nel primo caso si volle prender di mira soprattutto la manomorta per eliminarne i gravissimi inconvenienti; nel secondo caso non si può dire che proprio questa ragione fondamentale inspirasse il legislatore, perchè queste servitù od usi civici non attaccano il fondo in tutta la sua attività economica o per lo meno non in tutta la pienezza giuridica della sua figura ed oltre a ciò hanno una tal ragione d'interesse pubblico, che non si arriva a comprendere se il legislatore abbia voluto

Digitized by Google

giovare più il proprietario o l'utilista o viceversa. La legge del 1864 è risolutamente eversiva; la legge che noi esaminiamo è così timida nei suoi propositi, che chiamarla eversiva sarebbe troppo e non sarebbe forse neppure cosa esatta. Nel dubbio sulla vera e certa intenzione del legislatore, sembra più corretto applicare con fedeltà le massime d'interpretazione, anzichè ricorrere a preconcetti erronei o a congetture fuor di luogo; in guisa che tra il far dire al legislatore ciò che non risulta abbia egli voluto dire e il fargli dire ciò che avrebbe dovuto dire (se si fosse spiegato) per i suggerimenti del buon senso, sembra che quest'ultima soluzione sia più logica e degna di maggiore approvazione.

Laonde, lungi dal potersi far rimprovero all'interprete di poca fedeltà verso la disposizione legislativa, si deve lodarlo per la sua azione eminentemente complementare e per la sua funzione veramente giurisprudenziale a imitazione della giurisprudenza romana. La giurisprudenza ci deve dare infatti l'organismo vivo del diritto così come trova applicazione nel caso pratico e può approdare a risultati concreti ed utili nella vita del diritto stesso: senza una guida illuminata e intelligente la pura lettera della legge giova ben poco a risolvere delle situazioni più o meno difficili e imbarazzanti nel caso pratico. Del resto, in tutto il diritto, questo non è il solo caso che reclami un diretto intervento dell'interprete o del giureconsulto per poter cavare un costrutto ragionevole dalle disposizioni positive della legge: e in molti altri casi gli scrupoli non sono mai tanti, quanto sembra se ne vogliano affacciare a questo riguardo per mantener fermo il richiamo alla legge del 1864. Conviene anche tener presente che questa legge del 1864 rappresenta ad ogni modo un diritto eccezionale, almeno sotto il punto di vista dell'uso della rendita pubblica nell'affrancazione; e perciò, nella sua qualità di diritto eccezionale o per quanto contiene delle eccezioni, non deve essere portato alle conseguenze estreme nè essere adoperato in argomentazioni analogiche, nè estendersi a usi diversi da quelli espressamente contemplati dalla legge stessa. Oltre a ciò è logico che si ponga sempre un certo ostacolo all'interesse fiscale, al privilegio fiscale, all'imposizione di un sistema finanziario od operazione finanziaria dello Stato,

Digitized by Google

il quale già di per sè troppo spesso e troppo s'impone anche quando meno dovrebbe ed anche quando l'ingerenza sua finisce coll'arrecare più male che bene agli interessati. Sarebbe come se lo Stato stesso diventasse industriante e per la forza della sua autorità volesse imporre le sue merci ai consumatori, e al prezzo che meglio a lui piacesse: lo si subirebbe, ma nel tempo stesso si dovrebbe escludere la legittimità delle sue pretese, e lo studioso delle leggi giuridiche dovrebbe condannare questa ingerenza del potere pubblico contro la libertà e contro il benessere privato. Se non lo fa, è d'uopo concludere che anch'egli subisca la triste influenza dei tempi, consistente nell'aumentare il più ch'è possibile l'ingerenza dello Stato e dell'Autorità politica e pubblica in genere nel campo riservato all' attività dei privati secondo la potenzialità di quella attività stessa e gli sforzi di cui essa è capace. Lasciare che le attività libere si sviluppino liberamente non è solo un programma politico, ma anche un programma di vita giuridica; perciocchè il campo giuridico è essenzialmente il campo della libertà individuale, dell'attività dell'uomo, che è soggetto attivo naturale e reale, non fittizio, di rapporti giuridici.

Lo Stato è bensì un ente fittizio, riportato ad una determinata forma: esso è teoricamente necessario per concentrare la forza dell'imperio e l'imperio della forza, ma praticamente l'avere una forma piuttostochè un'altra dipende del tutto dalla volontà dei consociati, e dipende pure dalla volontà di questi la sua maggiore o minore estensione nel campo dell'azione facoltativa; non però fino al punto che i privati rinunzino completamente o quasi all' attività loro per affidarsi completamente nel feticcio creato dalle loro stesse mani per corrispondere ai bisogni della propria inerzia o per scansare fatiche e noie. Insomma anche la volontà dei cittadini, nell' accettare l'azione dello Stato, non può eccedere un determinato limite, sotto pena di doversi considerare come una volontà antigiuridica e anomala: chi rinunzia alla propria volontà per assoggettarsi completamente alla volontà altrui è come se si costituisse in uno stato di servitù spontaneamente e rinunziasse ai benefizi della libertà e dell'azione autonoma. Or questa rinunzia è biasimata, è condannata, è interdetta in

Digitized by Google

materia di stato delle persone: e per coerenza sembra debbasi interdire in ogni altro caso dello stesso contenuto positivo o negativo.

D'altro canto, se si vuole che il patrimonio degli enti morali proprietari dei fondi prima sottoposti a servitù o ad usi civici si trasformi e si converta in rendita pubblica, perchè quest' impiego in titoli di Stato si ritenga più d' ogni altro conveniente ad enti che traggono la loro vita appunto dallo Stato, si faccia prima operare la concessa affrancazione col sistema degli equivalenti di valore e della moneta ordinaria, non già con mezzi non in corso obbligatorio nelle contrattazioni; e poi s'imponga magari la conversione del patrimonio di questi enti in rendita pubblica. Così sarà conseguito egualmente lo scopo senza forzare nel meccanismo delle convenzioni e senza spostare i valori facendone oscillare illimitatamente il denominatore comune, che dovrebbe essere la pietra di paragone di tutti gli altri valori e però dovrebbe mantenersi fisso e senza oscillazione. Altrimenti i valori dei diritti o fondi da affrancarsi, i valori dell'affrancazione di essi, tutto quanto il complesso degli equivalenti e dei surrogati si sposterebbe e rimarrebbe nell'incertezza: con questo di più che chi promuove l'affrancazione, evidentemente, coglierebbe il momento più favorevole a lui nel corso della rendita pubblica per compiere colla minore spesa possibile l'operazione dell'affrancazione stessa, non restando allora all'altra parte altra linea di condotta se non quella di subire passivamente del tutto queste imposizioni del contraente, senza conguaglio o compenso di sorta alcuna dall' affrancante. Il contratto invece, come si sa, ha sempre, oltre alla funzione giuridica, e certamente a base e presupposto di una tale funzione, un sostrato economico; per cui ciascuna delle parti crede a sè conveniente il corrispettivo offertole dall'altra parte a compenso del sacrifizio da lei compiuto nel proprio diritto e nei propri averi: questo soprattutto nei contratti onerosi e a titolo lucrativo, nei quali è assolutamente indispensabile stabilire un certo equilibrio tra i patrimoni dei contraenti, almeno sotto il punto di vista degli apprezzamenti di convenienza, subbiettivi in ciascuno di essi.

Quindi nei rapporti tra le parti non è ammessa alcuna

Digitized by Google

forma di violenza economica o d'imposizione nè tra di loro, nè per opera di un terzo: ciò è tanto vero, che alle parti si lascia persino la facoltà di convenire sulla specie di moneta da adoperarsi, prescegliendola dalle varie specie di monete in corso legale. Perchè allora lo Stato non impone l'uso delle sue cartelle di rendita, *al valore nominale* (di questo si tratta, perchè nell'ipotesi di valore reale il ragguaglio sarebbe sempre possibile e livellatore), anche nelle contrattazioni quotidiane o nelle convenzioni di maggiore importanza, p. e. per l'alienazione di beni immobili o per la liberazione dei fondi dalle ipoteche su quelli gravanti? Perchè non sottopone ad oscillazioni in Borsa anche la moneta, denominatore comune d'ogni istante nei rapporti della nostra vita economica? Ognuno vede quanto sia pericoloso ammettere una breccia e stabilire un principio, sia pure di straforo, in contraddizione colle regole generali di diritto: aperta la breccia e sancito anche eccezionalmente il principio, si comincia a discutere sulle ragioni dell'eccezione; e, se è possibile di estenderla a casi analoghi, per analogia o identità di motivi, non si ripugna dal farlo. La logica delle eccezioni è per sua natura ben più azzardata e contagiosa della logica delle regole, la quale spesse volte si lascia sopraffare per eccessiva sicurezza nella solidità delle sue basi e spesso si lascia scoperto qualche lato all'assalto delle eccezioni. Qual rimedio potrebbe esservi allora a pro della parte che deve ricevere il corrispettivo dell'affrancazione, se non quello di opporsi con tutte le forze all'affrancazione stessa per evitare una diminuzione di patrimonio: mentre l'affrancazione è un benefizio che è stato introdotto dalla legge per ragioni che toccano l'interesse pubblico, quantunque direttamente si ripercuotano nel campo degli interessi privati? Non è dunque coll'opporsi all'affrancazione, la quale del resto è voluta dal legislatore, che il privato potrà salvarsi dalla iattura di una rendita pubblica a corso sfavorevole, ma bensì coll'essere giustamente retribuito o compensato per la cessazione dell'onere stabilito a di lui benefizio; e perciò sarà una lotta reciproca da una parte e dall'altra per avere dei corsi di rendita più favorevoli o meno sfavorevoli: ciò sempre nell'ipotesi che si ritenga applicabile anche per questo lato la legge del 1864, la quale per verità contemplava un gruppo

Digitized by Google

di casi diversi da quello di cui qui si tratta, quantunque l'interesse pubblico quà e là, più o meno, faccia pur capolino. Del resto, non vi è altro rimedio che quello di emanciparsi dal valore nominale della rendita e di darla in pagamento pel suo valore commerciale: quantunque anche questo rappresenti un'alea pel ricevente, che si vede così obbligato ad un impiego forzoso e malsicuro in rendita pubblica, mentre egli potrebbe avere in vista un impiego diverso e più remunerativo del denaro contante, date le occasioni speciali del mercato e le speciali condizioni del suo patrimonio. Questa specie di azione sindacatoria che lo Stato esercita sull' impiego dei capitali di proprietà privata (se pure non si tratta della questione più complessa della riorganizzazione dei patrimoni degli enti morali) è tuttociò che di più repellente si può immaginare contro l'ingerenza dello Stato stesso e prepara una serie illimitata di reazioni, per effetto delle quali si finisce col respingere anche quanto lo Stato pone in essere nell'esercizio delle sue attribuzioni normali e del tutto ordinarie. Questa è la vicenda e la sorte degli abusi umani, anche nel campo del diritto: la storia c'insegna che quelli dovuti alle autorità ed ai poteri pubblici sono i più dannosi e quelli che cagionano maggiori perturbamenti, appunto perchè provengono dal diritto d'imperio e producono maggiore irritazione nell'animo dei sottoposti, i quali si trovano sprovvisti di difesa, immediata almeno, contro gli abusi dei poteri pubblici. E, prima di tutto, verrà lo studio diligente e raffinato per vedere di eludere la legge che si ritiene ed è effettivamente lesiva; questo studio, condotto ai lumi dell'esperienza pratica, non potrà forse essere molto produttivo quì, perchè la legge non offre scappatoie, ma in molti casi non mancherà di generare i suoi effetti e di fornir materia per contrapporre agli abusi del potere il rifiuto indiretto di obbedienza. Quando poi, *ultima ratio*, sopraggiunge lo spirito di ribellione aperta alla legge, siamo in presenza del radicale sconvolgimento di tutti quanti gli ordini civili, di una specie di anarchia pratica, dovuta alle imprudenze dello stesso legislatore e alle intemperanze della legge. D'altra parte, neppure il legislatore in tal caso vorrebbe la conseguenza ultima di un tale sistema; il legislatore non vuole certo il corso forzoso dei

Digitized by Google

titoli di rendita pubblica, nè vuole indirettamente l'adesione a prestiti forzosi nell'interesse della pubblica finanza, nè vuol cagionare perturbamenti nel credito e nella vita degli affari. Or dunque si tratta di persuadersi che, non essendovi un richiamo esplicito sotto questo punto di vista alla legge del 1864, il legislatore non ha voluto l'applicazione di queste norme relative al pagamento in rendita al valore nominale: altrimenti lo avrebbe detto chiaramente. D'altra parte, peraltro, che cosa esso ha inteso dire richiamando le prescrizioni della legge del 1864, se non che si debba aver riguardo a questo computo illegale e lesivo dei diritti dei percipienti? Vi sono forse altre prescrizioni di maggiore importanza? No certamente: le prescrizioni stesse relative alla procedura dell'affrancazione hanno importanza minore delle prescrizioni relative all'ammontare dell'affrancazione stessa, e queste disposizioni per l'ammontare attengono all'essenza del diritto in quanto ne riguardano il quantitativo patrimoniale. Giustamente dunque da un canto si richiamerebbe una menzione esplicita e dall'altro si potrebbe ritenere che il provvedimento non potesse non giudicarsi compreso nel riferimento della legge.

Nel dubbio sembra partito migliore appigliarsi alla decisione più logica e a quella che non lede gli interessi privati, non solo per interpretare, ma, come si disse, per completare l'intenzione del legislatore, il quale può anche non aver considerato questo punto della questione. Se vi fosse stata una discussione, un dibattito qualsiasi al riguardo in seno alle Commissioni o ad una Commissione, o ad uno dei due rami del Parlamento, noi potremmo almeno in qualche modo essere illuminati in proposito e ricavare qualche argomento in un senso o nell'altro: ma è d'uopo purtroppo riconoscere che poche materie di legislazione generale furono così trasandate, mentre meritavano per avventura una maggiore considerazione e una discussione più adeguata. Sembrava quasi che bastasse limitare il dibattito ai principî eversivi in sè, senza preoccuparsi d'altro e prescindendo dalla valutazione degli effetti patrimoniali; quantunque tali valutazioni patrimoniali entrino a far parte cospicua del sistema eversivo, o della liquidazione tutta quanta. Del resto, la considerazione che una tale soluzione o conguaglio sarebbe identica così

Digitized by Google

per il canone dovuto dai proprietari dei fondi gravati, ai termini dell'art. 2 della legge, come per quello dovuto dagli utenti, ai termini dell'art. 9 della legge stessa, non è decisiva nè elimina la difficoltà proposta: perchè intanto l'art. 6, per la vicinanza all'art. 5 e la precedenza all'art. 9, sembrerebbe riferirsi soltanto al canone corrispondente all'indennità dovuta dai proprietari dei fondi gravati di servitù e non anche al canone dovuto dall'utente; talchè si potrebbe giudicare trattarsi di una diversità di soluzione nell'un caso e nell'altro. Inoltre, la posizione di reciprocità non varrebbe ad attenuare l'inconveniente, perchè non ci consta che il valore economico dell'una specie di affrancazioni corrisponda esattamente al valore economico dell'altra categoria: e ciò per non osservare che nel caso concreto la soluzione non può aversi per grandi cifre, bensì deve essere ritenuta per ogni singolo caso individualmente e per conto proprio.

Lungi da ogni esagerazione di logica, tuttavia è d'uopo riconoscere che questa circostanza, come quella della ubicazione dell'art. 6 della legge, non vuol trascurarsi: per lo meno sarebbe stato obbligo e doveva esser cura del legislatore il provvedere anche all'eliminazione di tali equivoci, dai quali certo non può derivare nè speditezza nè semplicità di esecuzione. Poi, come si disse, vi è anche l'interesse dei terzi creditori ipotecari, magari anche anteriormente alla promulgazione di questa legge del 1888; e a questi creditori non si può peggiorare senza palese ingiustizia la condizione del proprio credito, sul riflesso che si tratti di leggi d'ordine pubblico il cui effetto debba valere contro tutto e contro tutti. La legge è bensì d'ordine pubblico, per quanto concerne i punti fondamentali relativi all'abolizione e liquidazione delle servitù; ma, in quanto attiene ai compensi ed alle affrancazioni, diventa di ragione privata e tocca direttamente l'interesse dei singoli, specialmente poi dei proprietari che sono sempre in quantità minore degli utenti e non possono essere colpiti da un vero concetto di solidarietà *inter cives*, e, anche se si tratti dei Comuni sottoposti in ciò allo *ius privatorum*, coi relativi proventi debbono sopperire a tutti gli svariatissimi servizi pubblici in un campo d'interessi anche più vasto di quello delle servitù od usi civici in parola.

Digitized by Google

Non si tratta dunque soltanto di un sentimento eccessivo e malinteso di popolarità o di umanità unicamente o soprattutto a fine politico; si tratta di sistemare la proprietà, derogando il meno possibile dalle norme di diritto civile o privato nello stesso diritto amministrativo o pubblico: e tuttociò cagionando la minor quantità possibile di perturbazioni e di rivolgimenti patrimoniali nei rapporti dei cittadini, dei Comuni, degli enti locali e delle associazioni interessate. Senza dubbio un certo tatto politico e qualche considerazione di opportunità non sono del tutto fuor di proposito anche nella sistemazione di questa materia; ma peraltro limitatamente agli interessi della sistemazione patrimoniale e senza sovrapposizione all'interesse privato ben'inteso e ai diritti patrimoniali già acquisiti. Quando si dice che il patrimonio pubblico è sacro e che del pari è sacro il patrimonio privato (l'una cosa è intimamente connessa coll'altra) non s'intende già ricorrere ad una pura e semplice figura rettorica, ma s'intende porre in essere un canone di diritto statutario, in certo modo superiore anche alle varie leggi speciali, in quanto deve regolare e dirigere l'azione del legislatore e contenerla nei limiti del campo legislativo vero e proprio. Chi dice limiti del campo legislativo non intende già negare alla legge o al legislatore la facoltà di fare *de albo nigro et de nigro album;* ma intende sostenere che, in fin dei conti, come tutte le azioni dei pubblici poteri hanno i loro limiti naturali e legittimi, così anche l'azione del legislatore non possa essere illimitata, perchè anche per essa vi ha una logica e una forza di ragionamento, vi hanno confini di moralità e di contenuto. Non già che con questo voglia sistemarsi o riconoscersi il diritto alla resistenza da parte dei cittadini offesi o molestati da un sistema legislativo irrazionale; ma soltanto s'intende dire che, in un'epoca bene evoluta nella civiltà, il legislatore da sè stesso deve pensare che anche per lui *sunt certi denique fines, quos ultra citraque* egli si spoglia della sua veste nobile e decorosa che lo mette al più alto gradino della scala politica e della vita pubblica del suo paese per convertirsi in un partigiano, in un asservito a idee che non possono rappresentare l'interesse generale del paese. Il proprietario e l'utilista debbono essere tenuti nella legge in condizioni di

Digitized by Google

parità di fronte all'interesse pubblico; e il loro interesse privato dev'essere riconosciuto, sancito, ammesso, tradotto in disposizioni concrete, fino a che non leda il pubblico interesse: e perciò non si deve menomare il suo patrimonio mediante considerazioni di opportunità politica o di partito, ma si deve unicamente conciliare l'interesse pubblico col privato, si deve coordinare l'azione generale coll'azione speciale, in un termine unico che costituisce la sapienza ordinaria che si richiede continuamente agli uomini di Stato ed ai legislatori. E questa parità di condizioni non dev'essere già subordinata ad una parità di elementi statistici per l'affrancazione da una parte e dall'altra; perchè quì non è questione di compensi tra entrambe le parti, nè si vuole che la somma dei benefizi eccezionali dall'una e dall'altra parte si agguagli. Il punto giusto consiste sempre nell'applicazione dell'antica massima — *unicuique suum;* — questa massima, di una logica spietata e assai concludente, non può essere soggetta a restrizioni, perchè è la base indispensabile anche per il retto funzionamento degli organismi che attengono direttamente al pubblico servizio, e dei quali è affidata la tutela suprema ad un ente, quale lo Stato, che non può assolutamente prescindere dagli interessi dei singoli, i quali, presi insieme, formano il contenuto dell'interesse pubblico, perchè questo stesso interesse non possa dirsi fittizio o artifizioso. La funzione principale dello Stato è integrale o coordinatrice di questi vari interessi singoli, e nulla più; poichè altrimenti esso intralcierebbe la vita pubblica e la privata della nazione e dei cittadini singoli e creerebbe degli interessi contrapposti a quelli reali ed effettivi della società da esso diretta e regolata. L'idolatria dell'azione di Stato (tanta da riconoscergli e affidargli interessi fittizi e non aventi rapporto di sorta alcuna cogli interessi dei privati), se si ripercuote nel campo delle spettanze individuali, non può cagionare se non lesioni e alterazioni generali e profonde nell'ordine della consociazione, con ripercussione inevitabile anche nel campo del diritto privato e patrimoniale.

70. A vantaggio di chi si effettua la devoluzione dei capitali o beni provenienti dalle affrancazioni? L'art. 15 della

Digitized by Google

legge dispone che i capitali o beni provenienti dalla seguita affrancazione e ceduti in compenso di essa siano per decisione della Giunta arbitrale destinati all'ente o associazioni di fatto che anteriormente godevano della servitù o diritto affrancato; che nel caso in cui il Comune sia il proprietario o l'utente, il prodotto dell'affrancazione vada a suo beneficio ed egli ne possa disporre a tenore della legge comunale e provinciale. Ma quando, a giudizio della Giunta d'arbitri, le associazioni prima godenti delle servitù affrancate più non esistano o non rispondano più ai fini per i quali furono costituite, su proposta della Giunta stessa, sentito il Consiglio comunale, il Ministro di agricoltura e commercio determina esso come e da chi i beni e i capitali debbano essere impiegati pel maggior vantaggio delle classi meno abbienti del Comune o della frazione. In altri termini, la legge pone tre casi, e, a seconda di ciascuno di tali casi, prescrive che le indennità siano devolute o al Comune o a chi piacerà al Ministero di agricoltura, o agli enti o associazioni di fatto le quali anteriormente godevano delle servitù stesse. La disposizione che devolve le indennità a beneficio del Comune non ammette equivoci: poichè solo se il Comune è proprietario del terreno sottoposto a servitù o se è utente della servitù medesima gli compete siffatta indennità; nè si dà luogo ad equivoco di sorta fra il Comune proprietario come collettività e il Comune proprietario nei suoi singoli individui, mentre l'uso non si saprebbe nè si potrebbe concepire che come individuale. La proprietà del Comune, il demanio del Comune è uno solo: esso spetta al Comune come persona giuridica, o, secondo la consueta espressione, come ente morale: esso è, sotto il punto di vista patrimoniale, una collettività vivente di vita propria e indipendente e separata dalla vita dei singoli che la compongono. Quì non può trattarsi nè di usurpazioni nè di rivendicazioni: il Comune è proprietario come ed in quanto può esserlo un privato od un ente morale qualsiasi. Evidentemente, il prodotto dell'affrancazione rappresenta pel Comune un capitale, che esso deve collocare od investire nei modi e colle regole previste dalla legge comunale e provinciale: se il Comune ha usurpato ad altri enti od a privati la proprietà del fondo af-

Digitized by Google

francato, questa è questione fondamentale di diritto e di fatto, che in merito deve risolvere la Giunta d'arbitri e che non può esercitare influenza sulla devoluzione dell'indennità al Comune stesso, quando risulti o forse non sia neppure contestato il suo diritto di proprietà. Che se il Comune, avendo distribuito le utenze soltanto a benefizio di talune famiglie (per es., delle più povere), dopo l'affrancazione metta nella gran massa delle sue rendite e a benefizio dei pubblici servizi indistintamente il ricavato dall'affrancazione medesima: in tale ipotesi non vi è che fare, nè può escogitarsi alcun rimedio per dare una diversa destinazione a quel provento. L'ultima parte dell'art. 15 della legge è applicabile soltanto alle associazioni e non già ai Comuni: e poi quì il caso è tutto diverso. È la proprietà del Comune che cede dinanzi all'uso dei cittadini affrancanti; non si lede l'interesse del povero a far legna o a condurre il gregge al pascolo, e il provento dell'affrancazione è un capitale del patrimonio comunale, come era nel patrimonio comunale e alienabile prima della sua affrancazione il fondo sul quale anteriormente esercitavasi l'uso civico. Il Comune, considerando l'affrancazione, qual dovrebbe essere, come corrispettivo della proprietà ceduta, non ci dovrebbe guadagnar nulla per il cambio; e perciò tanto è da farsi questione sulla proprietà del prezzo di affrancazione, quanto e se può farsi sulla proprietà del fondo affrancato per la servitù e alla servitù od uso. Patrimonio immobiliare prima, patrimonio mobiliare dopo; sempre del Comune e sempre per conglobarsi nella massa unica delle attività comunali, sottoposto alle rispettive regole di amministrazione, senza aver riguardo nè alla sua provenienza nè alla sua trasformazione, nè al fatto che rappresenti la liquidazione di uno stato di diritto in cui possono in vario senso entrare in giuoco più direttamente altri interessi della cittadinanza. Fra i due procedimenti, quello cioè di affrancazione della servitù od uso dalla proprietà e l'altro di trasformazione di patrimonio da immobiliare in pecuniario non vi è difatti se non un nesso storico, ossia meramente causale: ma un vero nesso giuridico, nel senso che l'una figura richiami l'altra e senza l'altra non possa costruirsi, a dir vero non ci è; ognuna delle due figure giuri-

Digitized by Google

diche gode la sua conformazione ed è sottoposta alle sue regole, separatamente e per proprio conto, senza subire ripercussioni o influenze dall'altra figura malgrado il rapporto causale. Se infatti lo stato patrimoniale proseguisse come era prima dell'affrancazione, il Comune invece del capitale pecuniario corrispondente all'affrancazione e più o meno presuntivamente al valore del fondo sottoposto all'uso, si avrebbe il canone dell'uso stesso: quel canone, che, capitalizzato, corrisponderebbe in fondo al valore economico dell'uso. E quel canone figurerebbe tra i proventi patrimoniali, in denaro, del Comune: e della sua destinazione od erogazione allora non si farebbe questione, come non si farebbe questione sulla destinazione od erogazione di altri canoni o censi spettanti al Comune; poichè tutti andrebbero a comporre la grande massa del patrimonio comunale considerato nel suo insieme quale risultanza dei proventi singoli. Il caso non racchiude alcuna difficoltà nè teorica nè pratica e rientra perfettamente sotto l'impero delle regole generali sul patrimonio del Comune e sull'amministrazione di esso.

Più scabroso è però il secondo caso: se cioè la Giunta arbitrale ritenga che le associazioni prima godenti le servitù affrancate o non esistano più o non rispondano più ai fini per i quali furono costituite. Quì si tratta poco meno che di fondazioni: vi erano degli enti sociali od associativi (le associazioni riconosciute quali entità giuridiche, per lo meno di fatto) i quali godevano delle servitù prima che fossero affrancate; ma queste associazioni ora non esistono più perchè ne è venuto meno il fine. La loro morte è bensì naturale, ma lo Stato di regola generale non è estraneo alla soppressione del loro fine, e quindi alla soppressione di esse. In tal caso come, quando, da chi e con qual procedura deve concludersi che tali associazioni più non esistano o non rispondano più ai fini per i quali furono costituite? Si noti che questa dichiarazione costituisce quasi una pronuncia incidentale e circoscritta al caso speciale di erogazione dei beni o capitali provenienti dalla seguita affrancazione: e che per tutto il resto la questione sulla esistenza o persistenza di tali associazioni rimane impregiudicata. La Giunta arbitrale ha l'iniziativa di questa dichiarazione incidentale,

Digitized by Google

o per dir meglio la proposta al Ministero di agricoltura, industria e commercio: ma questo non delibera per la sola proposta della Giunta, perchè la legge gli fa obbligo di sentire anche il Consiglio comunale competente (quel Consiglio comunale, la cui voce non deve rimanere estranea neppure in occasione del trasformamento degli enti di beneficenza). Poichè in fondo, in questi casi, la preoccupazione maggiore consiste nel fare il debito luogo all'elemento locale e nel non trascurare le autonomie degli enti designati per la rappresentanza diretta e immediata degli interessi dei cittadini, a cui benefizio è rivolta la istituzione di beneficenza della quale si tratta: e si vuole in sostanza che la vita locale non cambi da un momento all'altro per un semplice atto del Governo, senza che vi corrisponda la volontà dei cittadini e la pubblica opinione. Del resto, la legge non richiede il parere favorevole del Consiglio comunale, perchè si contenti che questo sia inteso e quindi implicitamente ammette che il Ministero possa provvedere anche contro il suo avviso e in base a criteri del tutto proprii: poichè intanto dalla trattazione della pratica amministrativa non potranno non balzare le ragioni della decisione contraria; e quindi il *pro* e il *contra* potrà terminare dinanzi alla illuminata quanto disinteressata pronuncia del Consiglio di Stato quasi in ultima istanza. Si sa d'altronde che la fase amministrativa non corre così spedita, che non vi sia tempo più che sufficiente alla presentazione e alla valutazione di memoriali e di esposti *hinc inde*, col patrocinio relativo di deputati locali, i quali d'ordinario non rimangono estranei a tali questioni amministrative, e anzi propendono ad elevarle a vere e proprie questioni politiche, pur quando ne mancherebbe ad esse l'entità e l'importanza. Il Ministero Interni è però estraneo allo svolgimento di questo affare e ne è estraneo appunto perchè la pronuncia non affetta la personalità o l'esistenza delle associazioni per tutti gli altri rapporti, bensì soltanto per i rapporti attinenti all'ordine delle servitù civiche od usi civici. Del resto, la deliberazione consultiva del Consiglio comunale è anch'essa come tutte le altre deliberazioni del Consiglio stesso sottoposta alle formalità di approvazione e di sanzione da parte degli organi locali del

Digitized by Google

Governo centrale, con facoltà anche o con possibilità d'intervento diretto del Ministero stesso degli Interni, qualora in un modo o nell'altro la questione sia fatta procedere per la via o per le vie gerarchiche. Del resto, non è il caso d'ingrossare sproporzionatamente la materia del contendere: le più volte si tratta di un piccolo valore, di povere popolazioni di Comuni montani, di territori altrimenti improduttivi fuorchè a pascolo o a bosco. Occorre soltanto vegliare accorti quando si tratta di affrancazioni da soddisfarsi in denaro; essendo il medio circolante d'ordinario piuttosto scarso presso tali popolazioni, e quindi costituendo del pari un sensibile disagio lo sborsarlo e un corrispondente sensibile vantaggio il farne riscossione. Evidentemente, quando si tratta di provvedere a questa fase del procedimento di soppressione od eversivo delle servitù od usi civici, privati e municipi, più che se si trattasse di semplice divisione e permuta di terre, sono posti sull'avviso del loro interesse e ordinariamente non si mostrano punto proclivi a venire ad una soluzione definitiva a cuor leggiero. Certamente, grave è la responsabilità e importante a questo riguardo l'opera delle Giunte arbitrali, sulle quali si accentra tutto quanto il lavorìo del riordinamento della proprietà locale di fronte agli usi civici e in rapporto con questi usi e colla sistemazione di essi: ma nel lavoro d'insieme delle Giunte stesse scomparisce quasi il dettaglio della somma di denaro e la questione tende ad avere uno sviluppo maggiore e più avanzato nell'ordine e nei sistemi del diritto pubblico. In località o Comuni così piccoli può accadere benissimo che vi siano dei municipi che facciano o debbano far gran conto o del beneficio dell'uso civico oppure della somma che corrisponde al valore dell'uso stesso: e può accadere che sopprimere in tutto o in parte l'uso in natura possa cagionare, sul momento almeno, qualche perturbazione economica ed anche nella vita pubblica stessa. Ma, una volta deciso che la sistemazione di questo affare debba farsi in un modo o nell'altro, e che si debba affrancare in un modo qualsiasi totalmente o parzialmente, qualora il prodotto dell'affrancazione debba ricadere a benefizio del Comune, la legge regola la disposizione di questo come di ogni altro provento

Digitized by Google

che faccia capo al bilancio comunale. Non si potrà certo pretendere di accantonare il prodotto di una tale affrancazione per erogarlo in modo speciale a benefizio di quelli che erano anteriormente gli utenti, anche se tali essi fossero stati non già *uti singuli* liberamente ma bensì *uti cives:* questa pretesa tenderebbe a convertire il vincolo da vincolo reale in vincolo patrimoniale, mentre precisamente l'indole di tali servitù od usi è proprio reale, inquantochè è connessa all'ubicazione o situazione dei territori, alla vicinanza e immanenza degli utenti sopra luogo. Se tali usi sono rimasti soppressi, vuol dire che si è potuto riconoscere non esservene più bisogno attuale e reale per la popolazione: vuol dire che la popolazione ha forse rivolto altrove la sua attività e dalla pastorizia si è convertita all'agricoltura o ad industrie migliori, oppure non trova più ugualmente come prima proficuo il taglio dei boschi, e via dicendo. Questo apprezzamento delle condizioni locali costituisce appunto la massima competenza delle Giunte arbitrali: le quali Giunte sono dunque investite del giudizio di opportunità, del giudizio di merito sui bisogni delle popolazioni in mezzo alle quali servitù ed usi si sono sviluppati ed hanno preso piede. Le circostanze tutte del caso concorrono come elementi di decidere nell'ipotesi nostra e stanno per designare la soluzione più conveniente; e questo è il punto di merito da sottoporsi alla soluzione della Giunta: ma non si va più in là di tanto e una volta posta la soluzione in un senso o nell'altro, la questione dell'erogazione e dell'impiego di quanto proviene dall'affrancazione ha un'importanza diversa e non si può confondere colla questione sulla soppressione o meno, sulla eliminazione totale o parziale, delle servitù od usi civici. I municipi, del resto, non amministrano patrimoni nè grossi nè piccoli, nè parti o frazioni di patrimonio, per conto di alcune classi o specie di persone appartenenti alla cittadinanza: essi hanno la gestione e l'amministrazione del patrimonio della universalità dei cittadini, perchè, nella sfera della loro autonomia, adempiono a vere e proprie funzioni di Stato, colla facoltà d'imporre e di sovrimporre. D'altra parte, d'ordinario anche le cessate utenze erano distribuite per focolari o per famiglie, mantenendosene così il

Digitized by Google

godimento ai cittadini capi di famiglia *uti cives;* laonde il benefizio si distribuiva o ripartiva per i cittadini singoli anche non capi di famiglia, in quanto questi di una qualche famiglia pur dovevano far parte e indirettamente almeno partecipavano al benefizio del riparto dei beni e delle rendite della famiglia stessa. Del resto, questa diversa ripartizione della ricchezza e distribuzione di essa rientra sotto il concetto più perfetto del servizio pubblico, quale oggi è riconosciuto e attuato: tutta la ricchezza dello Stato, della Provincia, del Comune fa capo ad una massa unica, donde è prelevata per i bisogni generali e per le maggiori utilità che si possono distribuire tra il popolo. Il popolo risente quasi una benefica inondazione delle tasse che paga e le cui acque fecondatrici si diffondono equamente per tutte le parti del corpo sociale: esso non domanda più alle forze individuali ciò che può avere dalle forze collettive con maggior comodo e con migliore efficacia, ma anche nei piccoli centri gode di benefizi che una volta neppure lontanamente avrebbe potuto sperare; di fronte all'utilità universale, al servizio pubblico, non vi sono più differenze di classi sociali e l'agricoltore o il pastore risente gli stessi vantaggi del letterato e dell'esercente una professione liberale qualsiasi. D'altro canto, la soppressione degli usi in natura è indizio di un cambiato indirizzo nell'attività economica della popolazione: e questa allora può benissimo contentarsi di un benefizio d'indole universale, a mezzo dei proventi dell'affrancazione; senza pretendere che si istituisca un fondo speciale per la sua provenienza e la cui erogazione speciale, sotto il punto di vista della civiltà e dell'organizzazione moderna, costituirebbe anche una patente ingiustizia.

Ma la questione più grave è quella relativa alle associazioni prima godenti delle servitù affrancate, allorquando queste associazioni più non esistano o non rispondano più ai fini per i quali furono costituite. In tale ipotesi, su proposta della Giunta arbitrale, sentito il Consiglio comunale, il Ministro di agricoltura determina come e da chi i beni e i capitali debbano essere impiegati col maggior vantaggio delle classi meno abbienti del Comune o della frazione. Queste associazioni di cittadini, forse germoglio di resistenze antiche contro il si-

Digitized by Google

stema feudale, non sono più adatte ai tempi nostri: e neppure sono adatte ai tempi nostri, se debbono concepirsi come associazioni di pastori, di tagliaboschi e simili. Queste associazioni di cui si tratta non avrebbero indole nè di enti amministrativi nè d'istituti pubblici e dipenderebbero dall'esistenza di diritti spettanti *uti singuli* a coloro i quali le costituiscono. Essi rappresenterebbero dunque in origine un patrimonio di classe, da potersi realizzare in esercizio effettivo. Ma questi diritti stessi sarebbero indivisibili tra gli utenti, inquantochè non possono essere separati dalla classe stessa e nulla hanno di comune col patrimonio municipale, di cui talora invece costituiscono un peso. Di vero abbiamo avuto persino controversie o contestazioni tra i Comuni e questi enti, a titolo di rivendica di pretese usurpazioni dei Comuni stessi. Queste associazioni di utenti non potevano certo comprendersi nella categoria generica degli enti morali ai quali accenna l'altra parte di questo articolo, non essendo stati dalla legge nè dal potere esecutivo riconosciuti in un modo qualsiasi come persone giuridiche. E neppure debbono ritenersi come istituzioni fatte a pro della generalità degli abitanti del Comune; queste istituzioni sarebbero piuttosto i monti frumentari, gli asili infantili e via dicendo, senza alcun accenno di restrizione a qualche determinata classe sociale.

Neppure si possono confondere colle frazioni dei Comuni, poichè anche tali frazioni comprendono indistintamente tutte quante le classi sociali senza distinzione di ricchezza o di altro: e d'altro canto non costituiscono ente amministrativo e non hanno alcuna rappresentanza nelle amministrazioni locali. Di più, non si deve trascurare che in un ordine del giorno votato dalla Camera dei deputati il 15 dicembre 1887 si confidava nella proposizione di una legge per tutelare tali dominii collettivi e le associazioni relative; e che perciò implicitamente fu riconosciuta la mancanza di tali disposizioni regolatrici. Però vi sarebbe il modo per sistemare tali usi; poichè i proprietari hanno diritto *uti singuli* sulla proprietà collettiva ossia sulla somma dei diritti di tutti e si possono costituire associazioni con regolamenti sociali per atto pubblico, fissando norme d'amministrazione e cautele: ed allora il contratto di società riempirebbe la lacuna della legge. I rap-

Digitized by Google

presentanti, eletti per conto degli utenti, ne potrebbero sostenere abbastanza autorevolmente le ragioni e come mandatari dei singoli potrebbero patrocinare in ogni evento la collettività: e anzi si sarebbero potute a bella posta costituire di tali associazioni per reclamare per sè, agli effetti della legge abolitiva, l'attribuzione del dominio che non risultasse dagli elenchi e la tutela degli interessi sociali nella liquidazione delle indennità (acciocchè i benefizi della legge stessa non si convertissero a pro dei meno abbienti), nonchè l'assetto amministrativo e l'esercizio del dominio collettivo fino alla approvazione della legge sui dominii collettivi. Questa organizzazione sociale preesistente alla legge eversiva in certo modo servirebbe per conservare un'attività patrimoniale ed evitarne la conversione a benefizio delle classi meno abbienti del Comune o frazione di Comune. Questa conversione ha difetti pratici non trascurabili, per molte e molte ragioni non lievi. Anzitutto si domanda quali siano propriamente le classi meno abbienti del Comune o della frazione. L'indagine è di fatto, ma non sempre può dare risultati sicuri, anche quando non vi abbia influenza lo spirito dei partiti locali; molte volte potrebbe accadere che l'erogazione di tali proventi divenisse strumento vero e proprio di politica, di competizioni individuali e di lotte elettorali.

Entrando in merito, del resto, i non proprietari di stabili non sempre appartengono alla categoria dei meno abbienti: poichè ai dì nostri anzi la ricchezza mobiliare è più importante della immobiliare, quantunque possa essere meno constatata o comprovata dal pubblico; e non di rado la proprietà immobiliare (specialmente nelle piccole zone montuose) è molto depreziata e quasi passiva. Oltre a ciò una persona ascritta al proletariato in un Comune può essere considerata come doviziosa in altro Comune, ed esserlo infatti per avere ivi sviluppo di affari d'ogni specie, commerciali o semplicemente civili: inoltre, dati i mezzi di comunicazione attuali, non è difficile avere affari in più Comuni e risiedere in un Comune dove si posseda meno o nulla in beni stabili. Può darsi che un cittadino abbia dei crediti fruttiferi in un Comune diverso da quello di suo domicilio; e che figuri tra i meno abbienti nel Comune dove si fa questione degli usi civici: può darsi che

Digitized by Google

ostenti una decorosa povertà per coprire miserie maggiori che non quelle di altri suoi concittadini i quali appaiano, ma non siano, di lui più disagiati. Il concetto, è vero, parte dal punto di vista che tali servitù od usi siano ordinati appunto per sopperire ai bisogni dei più disagiati, di quelli che traggono i mezzi maggiori di sussistenza dalla pastorizia o dal legname dei boschi: e che quindi ciò che si ricava dall'abolizione di queste servitù od usi debba pure ricadere a benefizio di tali classi diseredate, come surrogato e corrispettivo delle servitù ed usi precedenti. Ma si deve notare che queste associazioni di utenti sono di costituzione antichissima (e perciò forse non rispondono più neppure al loro scopo); che forse in origine esse erano costituite da gente diseredata e dai più poveri tra i poveri del paese, ma che in seguito, per successione di diritti, forse sono passate in mano a persone meno disagiate di quelle degli originari componenti, quantunque magari da costoro discendessero o traessero derivazione. Nel corso dei secoli si perde la ragione del principio o della istituzione della servitù o dell'uso: le servitù e gli usi divengono cespiti patrimoniali alla pari degli altri, e alla pari degli altri sono soggetti a trasformazioni diverse. Se fu un concetto sociale che ne consigliò l'istituzione a beneficio di una classe sociale, non è per ciò detto che, passando regolarmente attraverso questa classe trasformata od anche arricchita, l'uso o la servitù tradotta in indennità di affrancazione debba tornare ad una classe diversa da quella che finora l'ebbe o ne godette. È evidente che l'influenza della storia e i cambiamenti lentissimi che gli istituti giuridici e i patrimoni subiscono attraverso ai tempi non potrebbero senza violenza essere corretti dalla tarda azione dei posteri, altrimenti che producendo perturbazioni sensibilissime e commuovendo diritti acquisiti e sconvolgendo i possessi attuali. Si dovrebbe seguire la situazione dei possessi per varie generazioni e seguire la ricchezza nelle famiglie e i progressi segnati da queste nel loro passaggio dalla povertà all'agiatezza, attraverso una serie di lotte civili ed economiche le quali difficilmente possono ricostituirsi con esattezza e neppure con approssimazione. I non abbienti di una volta possono essere divenuti gli opulenti di oggi, e i ricchi di secoli scorsi possono esser caduti nella mi-

Digitized by Google

seria: talchè i meno abbienti di oggi non si può sapere a che classe sociale corrispondano per il periodo contemporaneo alla costituzione della servitù o dell'uso. Dunque è impossibile di ricondurre il diritto alle sue origini o di riparare alle eventuali usurpazioni dei ricchi di ogni generazione sui poveri di altre generazioni; dato che la servitù o l'uso debba la sua istituzione all'idea di agevolare la vita alle classi povere nei centri di minori risorse economiche. Allora si riprodurrebbe una causa di divisioni politiche ed economiche non molto dissimili da quelle che presiedettero allo svolgimento delle lotte agrarie nella storia romana; si tratterebbe di esorbitare dal diritto civile e si entrerebbe nel campo della politica e della legislazione politica; si passerebbe con troppo grande facilità al riordinamento della proprietà su altre basi. Alla qual cosa sembra proprio che abbia voluto tendere il nostro legislatore parlando di classi meno abbienti del Comune: poichè le prime aure di socialismo pratico cominciavano a spirare anche allora, e sin d'allora si nutrivano preoccupazioni per le sorti degli umili, e sin d'allora forse di queste preoccupazioni si faceva strumento a facili popolarità.

Ma, in sostanza, un'altra soluzione vi era e vi poteva essere. Partiamo dalla ipotesi che tali associazioni più non esistano o più non rispondano ai fini per i quali esse stesse furono costituite: che si tratti insomma di associazioni morte ossia estinte per anemia, le quali non possano più risuscitarsi nè possano ricondursi in un modo ragionevole ai loro principî e agli scopi originari. È bensì vero che l'apprezzamento degli scopi di tali associazioni, cioè il vedere se esse rispondano ancora agli scopi loro, è apprezzamento di merito tanto elastico di per sè, da prestarsi ai giudizi più appassionati e ai metodi più partigiani, massime in piccoli centri e in periodi di elezioni politiche. Ciò peraltro non toglie la possibilità dell'ipotesi prevista ed anche la sincerità di giovare alle classi meno abbienti, che può informare l'operato di taluni amministratori. Ma, ripetiamo, data la estinzione o la non rispondenza di tali associazioni al loro fine, vi sarebbe una soluzione diversa da quella di erogare il provento dell'affrancazione a benefizio delle classi meno abbienti: e questa soluzione consisterebbe nel devolvere a benefizio del Comune

Digitized by Google

i relativi proventi, acciocchè andassero in aumento del patrimonio comunale per la erogazione nei pubblici servizi; in quei pubblici servizi che interessano del pari il proletario e il possidente e sul progressivo svolgimento dei quali consiste così gran parte della civiltà moderna. Ma allora, e le classi meno abbienti? Le classi meno abbienti ricorrano, com'è naturale, alla beneficenza pubblica: in questa è il nucleo e la fonte dei provvedimenti a beneficio degli umili; e ormai non bisogna più vergognarsi di ricorrervi, poichè il patrimonio della beneficenza pubblica legalmente organizzata è patrimonio del povero, è patrimonio del quale il povero fa uso come di cosa propria senza alcun ritegno e senza arrossire della propria miseria più che non debba arrossire il ricco ozioso della propria ricchezza.

Sta bene che, come oggi è organizzata di fatto e per legge la beneficenza pubblica, essa risenta ancora e seguiti a risentire moltissimo gli effetti di questo antico pregiudizio di classe; ma conviene anche osservare che il riordinamento di essa dipende dal legislatore e dalla buona volontà dell'esecutore o degli esecutori. Certamente anche il servizio della beneficenza è servizio pubblico e conviene ritenere che esso gravi su tutta quanta la società, perchè la società tutta quanta deve preoccuparsi della sistemazione e dell'alimentazione dei diseredati: ma tuttociò, è bene notarlo, al difuori di ogni devoluzione di patrimoni o proventi *nullius* o *vacuae possessionis* ed anche per effetto di concorso diretto, a fondo determinato o a fondo perduto, del patrimonio comunale stesso. Questo servizio vuol essere assunto ad importanza di per sè come ogni altro servizio pubblico, e non deve vivere soltanto delle briciole che si raggranellano accanto ad esso, schivando studiosamente la parola e il concetto di beneficenza pubblica: esso ormai deve richiamare l'attenzione della politica e dell'amministrazione e di tutta l'opinione pubblica, per evitare che i bisogni dilaghino (senza valvola di sicurezza) nel campo scabrosissimo del collettivismo e della ripartizione (o perfino dell'abolizione) della proprietà in genere e della proprietà immobiliare in ispecie. Nè sarebbe sconveniente alle esigenze dell'epoca attuale il far sì che lo stesso proletariato amministrasse da sè direttamente un tal patrimonio, o, per

Digitized by Google

lo meno, concorresse all'amministrazione del patrimonio stesso con suoi rappresentanti; poichè (lo ripetiamo una volta ancora) qui si tratta di beni che appartengono ad esso e che non gli sono concessi per carità, quantunque la parola *beneficenza* per le sue origini e per il suo significato letterale sia un sinonimo della parola *carità*.

Vi sono, del resto, molte altre istituzioni sociali (come quelle per eliminare possibilmente la disoccupazione), le quali possono concorrere colla pubblica beneficenza ad allontanare o ad attenuare il male delle classi meno abbienti: e di queste le classi proletarie non hanno vergogna, e ad esse contribuiscono gli uomini di governo coll'opera loro volenterosa e non senza frutto, nella persuasione di fare cosa utile al proletariato tutto quanto. Ora, evidentemente, se è cosa buona preoccuparsi degli infortuni sul lavoro, del lavoro delle donne e dei fanciulli, delle pensioni per la vecchiaia o l'invalidità, e via dicendo; non è meno utile o conveniente od opportuno occuparsi anche della erogazione e della utilizzazione del patrimonio dei poveri, in modo che esso non vada sperperato o dilapidato dai soliti affaristi, ma resti sempre a beneficio dei poveri, di quelli che *attualmente* sono nel bisogno, anche se i loro avi od essi stessi per lo addietro avessero nuotato nell'agiatezza. Non si deve guardare alla provenienza dei beni ed anche la istituzione di antichi lasciti di beneficenza ha un valore ben limitato; poichè, vi siano o no fondi per istituzioni testamentarie e per atti di liberalità, il fabbisogno per sopperire all'alimentazione dei poveri, tenuto conto del domicilio di soccorso, si deve pur trovare in qualche modo e con qualche disposizione obbligatoria; se non altro saranno i Comuni o potranno essere obbligati di aggiungere i fondi occorrenti a quelli che si trovano disponibili presso le locali Congregazioni di carità, per così formare il nucleo completo occorrente alla necessità di tutti gli indigenti.

Anzitutto l'alimentazione pubblica di coloro che non riescono a procurarsela da sè: questo è il primo e più importante dei servizi pubblici, perchè servizio di conservazione; poi vengono l'illuminazione e le strade, quando non vi sia più uno destinato a morir di fame nel paese. E quindi i Comuni non possono lamentarsi se si veggono posti a con-

Digitized by Google

tributo coi proventi del loro bilancio patrimoniale non solo, ma anche tributario, a benefizio dei non abbienti; nè si può ragionevolmente lamentare alcuna distrazione di tali proventi dalle altre finalità meno importanti o meno urgenti per queste finalità conservative, le quali non ammettono dilazione ed hanno bisogno di un fondo, che può essere o non essere speciale o consolidato, ma pur sempre dev'essere sufficiente alle finalità della beneficenza. Del resto, non vi è alcuna necessità di ammettere o di supporre che i non-abbienti siano o possano essere costituiti in classe: essi hanno diritto all'assistenza e al soccorso pubblico *uti singuli* e non altrimenti; essi fanno appello al servizio pubblico individualmente, come individualmente vi fanno e possono farvi appello anche per l'illuminazione, la viabilità, l'acqua potabile, l'istruzione elementare e via dicendo. La classe non è più dei tempi nostri: nella nostra epoca la classe non risponde più ai suoi fini e non esiste più, come può non rispondere al fine e non esistere l'associazione per il godimento delle servitù od usi civici. Anzi la classe ha maggior ragione di non esistere, inquantochè l'associazione a scopo patrimoniale può anche non esorbitare dal campo del diritto privato, mentre la classe non può non invadere l'orbita del diritto pubblico: e quindi noi dobbiamo pensare a provvedimenti che non si ripercuotano, sì pel carico come pel benefizio, nell'organismo complessivo e generale della società, considerata nelle sue aggregazioni municipali ossia di vita locale.

71. Esaminiamo i cosiddetti elenchi del pascendatico o delle servitù od usi civici in generale. L'art. 12 della legge prescrive che dentro un anno dalla pubblicazione della legge i prefetti delle provincie territorialmente competenti formino gli elenchi dei diritti e servitù di questa specie esistenti nei territori rispettivi, con indicazione del diritto o della servitù del fondo sul quale si esercita, della sua ubicazione, superficie, estimo censuario e degli altri estremi necessari all'identificazione del fondo stesso, col nome del proprietario del fondo gravato e coi nomi dei singoli utenti della servitù o del diritto. Gli elenchi così formati si trasmettono ai sindaci dei Comuni sul cui territorio sono costituiti i diritti e le servitù, per

Digitized by Google

essere pubblicati negli albi pretorii dei Comuni secondo le disposizioni della legge comunale e provinciale. Contro di tali elenchi si può sporger ricorso alla Giunta d'arbitri entro due mesi dalla loro pubblicazione. Il successivo articolo 13 dispone che, divenuti definitivi, gli elenchi sono trasmessi dal prefetto al presidente della Giunta d'arbitri per la liquidazione ed assegnazione delle indennità, a termini della legge, in ordine al diritto o alla servitù iscritta nel relativo elenco. E il regolamento all'art. 1 ripete l'incarico affidato ai prefetti, per quanto concerne gli elenchi suppletivi giusta l'art. 12 della legge in discorso: i quali elenchi sono compilati dai prefetti d'ufficio o su richiesta dalla Giunta d'arbitri, quante volte vi sia stata omissione di qualche servitù o diritto nella descrizione degli elenchi stessi o intorno a tali diritti siano state fatte indicazioni incomplete od imperfette negli elenchi pubblicati e divenuti definitivi. Anche questi elenchi suppletivi debbono essere pubblicati come gli elenchi principali. Nell'art. 6 del regolamento stesso poi si dice che le Giunte arbitrali, ricevuto che abbiano dai prefetti gli elenchi definitivi, debbono procedere in base ad essi e senza bisogno d'istanza delle parti, uniformandosi però alla procedura stabilita nell'art. 11 della legge prima di emettere le proprie decisioni, oppure possono procedere sopra istanza delle parti indipendentemente dagli elenchi. Ora, senz'altro, l'elenco, come nel campo tributario il ruolo delle imposte, è un atto di autorità attribuito allo Stato per ragione della sua alta competenza politica; poichè si tratta di mettersi sulla via dell'attribuzione di ricchezze immobiliari, con riguardi non esclusivamente nè sempre inspirati al diritto dei singoli. I prefetti delle provincie esercitano tale funzione come rappresentanti locali del potere esecutivo; ma evidentemente le prefetture, prima di mettere insieme l'elenco, debbono provvedere ad una larga e adeguata istruttoria per mezzo, s'intende, delle sottoprefetture e dei municipi stessi; poichè in caso diverso non si saprebbero come raccogliere gli elementi costitutivi e probatori di tali servitù od usi civici. E, quantunque la legge non dica nulla espressamente a questo riguardo, tuttavia l'andamento normale delle pratiche ufficiose si ripercuote anche in materia di compilazione di elenchi;

Digitized by Google

poichè non è possibile che la prefettura, quasi *ex informata conscientia*, stabilisca l'elenco senza avere prima raccolto gli elementi opportuni con informazioni provenienti dai vari luoghi. Dai libri censuari o catastali, ordinariamente, non si potrà ricavar nulla e nulla da atti pubblici forniti di fede qualificata; perciocchè tali servitù od usi per lo più si esercitano nel fatto senza alcuna autorizzazione giuridica espressa e senza vero atto legale: che anzi appunto la liquidazione ordinata dalla legge ha per fine principale la constatazione dell'esistenza del diritto, e quindi la sistemazione del relativo rapporto secondo i voti del legislatore. Gli elementi od indizi sono raccolti dunque sopra luogo per la cooperazione delle Autorità locali e dei privati stessi che con quelle Autorità possono tenersi direttamente in contatto e ad esse possono far pervenire i loro desiderati e le loro deduzioni. Sarebbe forse più conveniente affidare la compilazione degli elenchi alle Autorità comunali e quindi attribuirne la revisione alle prefetture o alle sottoprefetture, salvo il reclamo al Ministero di agricoltura? La legge non ha voluto dare l'incarico della compilazione ai Comuni, non soltanto perchè dei Comuni e delle loro imparzialità può sempre diffidarsi, ma anche perchè vi possono essere delle zone intercomunali sottoposte al vincolo dell'uso o della servitù: laonde questa compilazione di ruoli ebbe a considerarsi quasi come atto di potere politico o come alta funzione dello Stato nei suoi organi locali. D'altro canto, se la compilazione si fosse affidata ai Comuni e dai Comuni fosse stato ammesso quindi il reclamo alle prefetture, le Giunte d'arbitri non avrebbero più rappresentato una giurisdizione amministrativa di secondo, ma bensì di terzo grado: e allora la parola definitiva del Ministero sarebbe sopravvenuta in quarta ed ultima cura. Ai municipi pertanto rimase la funzione istruttoria della pratica, nei limiti della azione prefettizia ed in quanto alla prefettura possa sembrare necessario o conveniente ricorrere ai lumi degli enti locali autonomi; dappoichè non è escluso che anche l'amministrazione provinciale autonoma, cioè a dire il Consiglio provinciale, possa esser chiamato a concorrere alla raccolta del materiale che deve servire per la compilazione degli elenchi. Nel caso poi

Digitized by Google

di zona interprovinciale, non è fuor di luogo che le diverse prefetture competenti si mettano d'accordo tra loro per condurre l'istruttoria nel modo più conforme all'interesse di tutta quanta la zona impegnata in tali servitù. Dopo una istruttoria più o meno laboriosa l'elenco è formato dalla prefettura e trasmesso alla Giunta competente: e così esso tiene il luogo e rappresenta il complesso delle istanze di parte per la liquidazione delle indennità che si pretendono dovute e quasi serve da ruolo di cause oppure da ordine del giorno delle deliberazioni e delle tornate della Giunta stessa. Così la Giunta ha dinanzi quasi il prospetto del proprio lavoro tutto intiero e questo lavoro corrisponde soprattutto e prima di tutto all'estensione territoriale del circondario nel quale è istituita: e non ha da compiere alcuna opera al difuori del campo ad essa tracciato coll'elenco sul quale si effettuano i suoi lavori, costituendo questi un campo chiuso e determinato dalla compilazione prefettizia dell'elenco. Quando l'elenco è pervenuto alla Giunta competente, questa non fa altro che trasmetterlo ai sindaci dei diversi Comuni interessati, perchè sia pubblicato come una deliberazione del Consiglio comunale: e questa pubblicazione evidentemente tiene il luogo di notificazione o di diffida a proporre eccezioni o ricorsi nel termine di due mesi dall'avvenuta pubblicazione. Il ricorso, se si dovesse stare alla rigorosa procedura dei ricorsi giudiziari, non potrebbe esser proposto se non da chi avesse interesse diretto a proporlo e non da persone non interessate nel senso che siano contemplate nel ruolo stesso come proprietari dei fondi vincolati oppure come esercenti dell'uso o della servitù. Ma si può dubitare che *quisquis de populo* possa rendersi diligente nell'interesse della comunità e nell'interesse pubblico; appunto perchè la sistemazione si fa nell'interesse generale di una data zona di territorio e la sistemazione può riverberare sulle altre zone di proprietà adibite ad altre specie di coltura anche intensiva. Dal testo delle disposizioni legislative e regolamentari sembrerebbe doversi dedurre che contro gli elenchi tutti possono ricorrere, ma che solo le parti (parti interessate, evidentemente) possono stimolare l'azione delle Giunte all'infuori degli elenchi. E questa soluzione sembra la vera: anzitutto perchè l'arti-

Digitized by Google

colo 12, alinea, della legge dice che contro l'elenco *può sporsi ricorso alla Giunta d'arbitri*, ecc., mentre l'art. 6 del regolamento dice che le Giunte *possono egualmente procedere sopra istanza delle parti indipendentemente dagli elenchi;* quindi perchè l'elenco è un provvedimento amministrativo il quale nel suo complesso interessa la generalità degli abitanti di un dato Comune o di una data contrada rurale, e indirettamente non solo quelli inclusi negli elenchi ma che intendono impugnare partite diverse da quelle per le quali vi sono inclusi, bensì anche coloro i quali negli elenchi non sono compresi affatto. Questo interesse della generalità di fronte all'elenco considerato come atto unico e indivisibile, diretto alla sistemazione complessiva del territorio comunale o di una parte di esso, è commendevole per l'indole dei tempi moderni e lo sviluppo che meritamente oggi hanno assunto le varie manifestazioni della vita pubblica, data la coordinazione dei vari interessi riferentisi alla produzione e distribuzione della ricchezza. L'interesse della prosperità economica generale e la ricerca del miglior modo per giungervi sono d'universale portata e possono anche indirettamente suscitare le legittime apprensioni di quanti chiedono la propria sussistenza ad altri cespiti di entrata od anche ad una utilizzazione diversa dei possessi fondiari. Se così non fosse, anzichè la pubblicazione degli elenchi all'albo pretorio, si sarebbe ordinata la notifica della rispettiva partita dell'elenco stesso, per estratto, a ciascuno dei proprietari dei beni ivi compresi, in forma magari economica e sommaria: ma invece la legge ha voluto una pubblicità amplissima e completa, quale maggiore e migliore non si potrebbe desiderare; la pubblicità stessa che si dà alle deliberazioni dei Consigli comunali, qualsivoglia materia esse riguardino e per quanto siano di poca importanza relativa. Conviene tener presente che nei piccoli centri molti generalmente s'interessano alle vicende di queste servitù od usi civici, perchè la ricchezza locale è limitata e si deve fare assegnamento sul più modesto provento e sul cespite meno adatto alla commerciabilità, mentre l'agiatezza non consiste tanto nel numerario disponibile, quanto piuttosto nelle comodità e nella soddisfazione dei bisogni della vita in natura,

Digitized by Google

e cioè in generi alimentari, in comodità di abitazioni e simili; talchè perfino molti contratti si traducono nello scambio o permuta delle utilità e non nel corrispettivo pecuniario che scarseggia in talune regioni dove il commercio non ha ancora raggiunto un limite medio di esportazione estraregionale. È evidente che, se saranno troncati i nervi alla pastorizia nel paese, converrà che tutti coloro i quali direttamente o indirettamente vivono di pastorizia rivolgano la loro attività ad altro scopo produttivo e s'ingegnino diversamente: ed è pure evidente che, per evitare in tutto o in parte un tal danno oppure per prendere in tempo gli opportuni provvedimenti nel loro interesse, costoro possano intervenire nel miglior modo e possano anche impugnare il contenuto degli elenchi. Perchè poi è d'uopo osservare che gli elenchi stessi riguardano le servitù o gli usi esercitati dalla generalità degli abitanti e a questi usi soltanto si riferisce l'abolizione voluta dalla legge: per la qual cosa, se vi è qualche uso o servitù esercitata da un privato, un tale uso o servitù non è soggetto ad abolizione e dev'essere rispettato come sorretto da titolo o da lungo uso, fino a che le due parti interessate, l'una pro e l'altra contro, non mettano in campo la contestazione nel campo del diritto civile ordinario e senza fare assegnamento sulle disposizioni abolitive di ragion pubblica, sorrette da una legge generale ed inspirate ad un concetto d'universale riordinamento che non può essere turbato nè dalla sussistenza nè dalla sopravvivenza di alcuni rapporti isolati della stessa specie di quelli sottoposti ad abolizione per la legge della quale ora ci stiamo occupando. Questi rapporti isolati restano dunque abbandonati al dominio del Codice civile, nè si trovano sottoposti all'abolizione: essi non hanno grande importanza nè valgono a cambiare le condizioni economiche di una data zona territoriale, le quali restano su per giù allo stesso punto e non cambiano per qualche rapporto privato, ed anche un'ingerenza dello Stato in questi rapporti privati sembrerebbe ingiustificata e poco conveniente, perchè lo Stato non dovrebbe immischiarsi negli affari particolari e privati, se non quando questi per la loro entità penetrano nella sfera dell'interesse pubblico e vi si costituiscono come in loro sede necessaria e reclamano

Digitized by Google

una sistemazione uniforme e sovrapposta ad ogni transazione o accordo fra privati. L'intendimento del legislatore non ammette dubbio, perchè egli nell'art. 1 della legge si è spiegato come più chiaramente non avrebbe potuto circa quanto costituisce l'entità e il territorio degli usi o diritti aboliti o servitù soppresse: le provincie ex-pontificie si trovavano in condizioni economiche poco liete, appunto perchè questi usi e servitù avevano distolto i fondi (non di rado latifondi) dalle colture intensive e rispondenti ai bisogni attuali dell'alimentazione pubblica sotto il punto di vista, specialmente, dell'aumentata esportazione dei prodotti da regione a regione. In questi paesi, del resto, il latifondo *non* può durare che in talune regioni; mentre in altre regioni lo sviluppo preso dal sistema della mezzadria è tutto a beneficio della coltura intensiva: e perciò colle disposizioni contrarie all'esercizio di tali servitù od usi civici, in sostanza, non si fa che agevolare una trasformazione già in corso e ritenuta opportuna nell'interesse dell'agricoltura generale. Del resto, se i privati si trovano a disagio per il vincolo di vecchie servitù o di antichi usi a beneficio di qualche altro privato, questa loro posizione eccezionale deve essere corretta o modificata da essi stessi colle forze loro, colle loro private contrattazioni; senza che perciò lo Stato sia indotto ad intervenire per una sistemazione speciale che non è di sua competenza. La pertinenza privata di questi conflitti d'interesse non escluderebbe tuttavia una qualsiasi ingerenza della legge, come per l'enfiteusi, nel senso di dichiarare affrancabile da questi vincoli la proprietà privata: poichè ciò si farebbe per quel tanto d'interesse pubblico che può avere attinenza coll'interesse privato. Ma qui non si ha una sistemazione o liquidazione sistematica a iniziativa del potere politico o amministrativo; qui la legge non farebbe che dare alle parti il mezzo per provvedere ai propri interessi con prevalenza voluta per la libertà dei fondi dai vincoli che ne inceppano la commerciabilità. Lo stesso accade per le locazioni ultratrentennali: il Codice dà alle parti vincolate alla locazione, anzi ai locatori, il diritto di promuovere la cessazione della locazione. La legge, malgrado qualsiasi patto in contrario, intende ristrette queste locazioni

Digitized by Google

ai trent'anni, ma non impedisce peraltro che si rinnovino per espressa contrattazione delle parti; il che equivale a dire che la decadenza della locazione ultratrentennale non avviene *de iure*, bensì per istanza della parte interessata, la quale può opporsi, ma può non solo con patto espresso, bensì anche col semplice suo silenzio ammettere la continuazione della locazione, siavi o no patto espresso in questo senso, siavi o no patto espresso nel senso di rinunciare alla disposizione di legge che forma il contenuto dell'art. 1571 Cod. civile. La base di queste disposizioni, che si potrebbero rendere applicabili ed estendere anche alle ipotesi di servitù od usi civici che non interessino una generalità di abitanti, ma solo dei privati singoli, dovrebbe consistere nel divieto che taluno possa vincolare la propria volontà e la libertà dei propri fondi per un tempo inverosimilmente lungo e con grave pregiudizio di future trasformazioni nella coltura dei fondi vincolati, per modo da togliere a sè ed alle generazioni future la possibilità di una destinazione migliore dei proprii fondi e più adatta alle future esigenze di tempi economicamente progrediti anche per quanto concerne o può concernere l'industria agricola.

L'art. 21 del regolamento per l'attuazione della legge abolitiva dispone che, in mancanza di contratto o di deliberazione della Giunta arbitrale, l'esercizio della servitù continui a sussistere, e, se v'ha corrispettivo, questo continui a prestarsi verso chi di diritto, nei limiti e modi finora praticati. Si prevede dunque l'ipotesi che la Giunta commetta delle omissioni; o, più che alla Giunta la quale lavora sugli elenchi, l'omissione si debba alla prefettura che preparò gli elenchi. Perchè neppure nell'Amministrazione pubblica si trova il perfetto e l'infallibile, il legislatore ha fatto molto bene a prevedere anche questa ipotesi: e sia pure in una disposizione regolamentare, ma in sede piuttosto dichiarativa che attributiva di diritti e offrendo una soluzione ovvia, alla quale noi saremmo pervenuti anche senza l'ingerenza o l'intervento del legislatore medesimo. Si comprende infatti che, quando la prefettura si accinge a compilare gli elenchi sulle informazioni trasmesse dagli enti amministrativi locali ed anche in base ad un'istruttoria che può offrire molte risorse e può offrirne pochissime,

Digitized by Google

a seconda dei casi, essa non può aver mai la sicurezza di accorgersi di tutto, di trovare tutto sottoposto ai suoi studi, alle sue considerazioni e al suo esame. Anzitutto è difficile che la prefettura disponga verifiche sulla faccia dei luoghi: non perchè tali verifiche siano divietate e impossibilitate in un modo qualsiasi da qualche disposizione relativa alle attribuzioni amministrative degli organi locali di governo, ma perchè non è di consuetudine inviare periti sopra luogo, non disponendo nulla a questo riguardo nè la legge, nè il regolamento. Le Giunte bensì hanno il còmpito di fare la ricognizione sopra luogo; ma questo còmpito sopraggiunge quando gli elenchi sono stati già formati a cura delle prefetture coi mezzi dei quali le prefetture stesse possono disporre, o piuttosto, coi mezzi dei quali vogliono o possono disporre i municipi rispettivi.

Il lavoro di revisione o di accertamento per parte delle Giunte si fa tutto in base a questo lavoro preparatorio delle prefetture, o, a dir meglio, dei Comuni; e per vero non potrebbe accadere diversamente, se non accordando a speciali Giunte municipali il còmpito e le facoltà e i mezzi di non fare altro, all'infuori dell'accertamento topografico e giuridico di tali usi e servitù come vincoli dei fondi. Si tratta dunque piuttosto di un lavoro di controllo o di riscontro, anzichè di un lavoro d'istruttoria vera e propria. Del resto, quando le parti interessate alla liquidazione della servitù o dell'uso non si rendono in alcun modo diligenti per ottenere la sistemazione degli affari loro, non si può dire che l'interesse privato risenta danno per il mantenimento dello *statu quo ante*, o, per lo meno, non si può dire che riceva e sia obbligato a sostenere un tal danno involontariamente. S'intende che i diritti sono fatti per chi vigila alla tutela di essi, e che, se non v'è istanza di parte, ciò significa che le parti stanno bene come si trovano e che perciò è opportuno mantenerle nello *statu quo ante*. Ma la Giunta può, senza istanza di parti e quando altrimenti possa constarle, aggiungere ai fondi indicati nell'elenco trasmessole dal prefetto altri fondi come gravati di servitù? Il regolamento parla di ricognizione e d'identificazione nei termini dalle Giunte stesse stabiliti; e la legge parla a sua volta di ricognizione e identi-

Digitized by Google

ficazione affidata alle Giunte in ordine alle servitù abolite; e per vero nè nell'uno nè nell'altra si dice espressamente che questa identificazione o ricognizione debba esser fatta nè principalmente nè esclusivamente in base agli elenchi trasmessi dalle prefetture alle Giunte: talchè parrebbe che fosse lasciato un certo margine, in questo, all'azione delle Giunte. Ma si deve riflettere che l'identificazione suppone degli estremi da identificare e che la ricognizione presuppone degli oggetti già conosciuti, da conoscere di nuovo o definitivamente: e poi tutto accenna in questo campo ad una procedura progressiva che parte dagli elenchi, e, attraverso il lavoro di controllo fatto dalla Giunta, arriva fino alla liquidazione delle indennità.

La Giunta non può fare altro che seguire gli elenchi e vedere se sono veramente vincolati i fondi in essi descritti; se debbano ritenersi rientrare sotto le disposizioni abolitive o no: oltre a ciò non deve fare altro nè di altro occuparsi, perchè non è organo fornito d'iniziativa come l'Autorità prefettizia e l'ufficio di prefettura. Ma la prefettura può essa comprendere negli elenchi anche quelle servitù o quegli usi che non siano esercitati dalla generalità degli abitanti dei Comuni o delle frazioni o da associazioni di cittadini, bensì da semplici privati isolatamente esercenti il diritto o l'uso di cui si tratta? Questi diritti od usi non si vollero aboliti, perchè la legge, all'art. 1, parlò soltanto di diritti simili spettanti a quelle collettività di cittadini, appunto sotto la considerazione dell'interesse generale ad abolire i diritti medesimi anche se esercitati in confronto di cittadini privati: e conviene rispettare le disposizioni della legge. Che se la prefettura intendesse di estendere ed estendesse difatti il contenuto degli elenchi anche ai diritti od usi spettanti ai privati, si potrebbe poi far questione dinanzi alla Giunta d'arbitri; e, se la Giunta d'arbitri si rifiutasse di accogliere le deduzioni fatte contro l'iscrizione negli elenchi stessi, vi sarebbe luogo all'appello dinanzi alla Corte di merito ai sensi dell'art. 10 della legge del 1889 e 11 del relativo testo unico. Evidentemente la prefettura in questa ipotesi avrebbe esorbitato dal suo còmpito e violato la disposizione della legge; poichè i privati in tal caso debbono esser lasciati arbitri di regolare da sè come meglio cre-

Digitized by Google

dono i loro interessi reciproci e le loro vertenze, ed altresì di evitare qualsiasi vertenza o differenza nei rapporti scambievoli. Talora essi preferiranno di mantener vivo il rapporto di servitù o di uso, perchè da una parte e dall'altra vi troveranno convenienza maggiore che risolvendo i loro rapporti e liberando il fondo o i fondi vincolati.

Ma intanto, d'altra parte, si volle dare allo Stato piena iniziativa di una sistemazione nell'interesse pubblico, per quanto avesse attinenza colla generalità o coll'associazione dei cittadini o di più cittadini: e non soltanto perchè lo Stato si abbia a ritenere il più competente tra i tutori degli interessi delle collettività, ma perchè la legge accenna ad una sistemazione complessiva nell'interesse dell'economia nazionale e dell'agricoltura che n'è così gran parte. Perciò si dice che la compilazione degli elenchi interessa principalmente e quasi esclusivamente lo Stato, al quale sembrò conveniente il provvedimento legislativo per l'abolizione completa delle servitù od usi di cui si tratta; e che lo Stato si rende diligente nel pubblico interesse, nell'interesse di quella ch'egli ritiene la migliore sistemazione colturale delle terre. Del resto, se si mette poca attenzione dagli uffizi di prefettura nel compilare di tali elenchi, il Ministero di agricoltura può loro farne materia di richiamo: e che gli elenchi siano stati compilati più o meno bene lo si può ricavare dalla quantità dei ricorsi accolti contro la sua compilazione direttamente o dalla quantità dei ricorsi accolti, i quali, quantunque non abbiano per obbietto l'elenco stesso, tuttavia nel loro oggetto contraddicono il contenuto di quelli.

Ma non si può ad ogni modo sostenere che il sistema degli elenchi o la compilazione di essi sia inutile, poichè l'azione della Giunta, quando non è stimolata o provocata dai privati, deve pure avere un sostrato ovvero una base su cui estrinsecare la propria competenza, in difetto d'iniziativa autonoma e sistematicamente. Insomma, quello degli elenchi è un lavoro necessario per cominciare una qualsiasi procedura di revisione e può non essere inutile, anzi, fatto colla debita esattezza, può anche riuscire vantaggioso: tutto dipende dal modo come si fa e dalla cura che vi si pone. Del resto, l'articolo 1 del regolamento ci fa ritenere la possibilità anche

Digitized by Google

di elenchi suppletivi, nel caso di omissione o d'incompleta od imperfetta indicazione delle servitù o diritti sottoposti ad abolizione ai termini dell'articolo 1 della legge: elenchi i quali sono sottoposti alle stesse formalità di pubblicazione che si richieggono per gli elenchi principali e che sono coordinate con tutto quanto il procedimento amministrativo e contenzioso in cui si esplica il campo d'azione delle Giunte. Evidentemente, in caso d'insufficienza o d'inesattezza o di contraddizione nell'elenco stesso o tra le varie parti di esso non è escluso che le Giunte possano farne rinvio alle rispettive prefetture perchè vi sia posto ordine e regola e magari perchè ne sia completata l'istruttoria nel modo che quelle Giunte ritengono più conveniente; poichè le Giunte e nessun altro all'infuori delle Giunte deve porre mano in detti elenchi e da essi desumere quanto occorre per gli scopi della legge abolitiva o liquidatrice che dir si voglia.

Or dunque, quando alla Giunta prevale la funzione dell'amministratore e scompare quella del magistrato, si ha tutto un congegno particolare da rendersi il più possibilmente perfetto nei rapporti interni e burocratici, prima di attendere e senza attendere che i reclami delle parti interessate mettano a posto gli errori e le omissioni delle prefetture: perlocchè è inevitabile attribuire all'operato delle Giunte stesse una speciale funzione sindacatoria e vigilatrice con potere d'intromissione nell'istruttoria di questi affari, prima di decidere, in definitiva, su di essi. Del resto, anche nella parte contenziosa le Giunte possono emettere, prima delle decisioni definitive, decisioni interlocutorie o incidentali; perchè nulla vieta l'applicazione delle norme generali della procedura civile anche nell'ipotesi di ricorso delle parti interessate. Di tuttociò gli elenchi non costituiscono, per così dire, che il primo nucleo, il fondamento necessario e imprescindibile e insostituibile dai reclami dei privati che hanno o possono avere interesse nella determinazione di tali servitù, usi e diritti di pascolo, di semina, di legnatico, di erbatico, di fida o di tassa a titolo di pascolo. Il ricorso delle parti potrà bensì indurre a rifare daccapo o quasi l'istruttoria che ha condotto alla formazione degli elenchi e alla sanzione definitiva degli elenchi stessi; ma non è a sperare che il com-

Digitized by Google

plesso od insieme dei ricorsi possa tenere il posto degli elenchi mancanti o mal fatti, nè che l'iniziativa delle parti sostituisca la diligenza degli uffici nel primo stadio istruttorio: un savio legislatore deve anche prevedere, e il nostro ha previsto, che le parti non siano diligenti a sufficienza.

Vi sarebbe forse stato un altro metodo, rispetto alla compilazione degli elenchi: quello cioè di attribuirne la redazione definitiva alle Giunte, dopo la preparazione degli elementi fattane o da farsi per opera degli uffizi di prefettura; la redazione definitiva ed effettiva, senza che preceda elenco provvisorio od elenco rudimentale, ma in guisa che l'atto si debba alla Giunta per intiero, nella sua qualità di documento dotato di forza obbligatoria e vincolativa. In tal caso si potrebbe anche eliminare l'azione della prefettura e mettere in corrispondenza diretta la Giunta colle Autorità comunali; ma ecco che per la Giunta non basterebbe più un semplice ufficio di cancelleria e occorrerebbe addirittura un servizio di segreteria che tenesse la corrispondenza amministrativa e preparasse il lavoro da sottoporsi alla Giunta stessa dopo una conveniente istruttoria. Invece il legislatore ha trattato la Giunta proprio come un organo di transizione o di stralcio, ossia come un organo destinato ad una vita transitoria e avente un còmpito ben determinato e preciso: cessato il qual còmpito la Giunta si debba ritenere come passata nel dominio della storia. Epperciò non ha voluto creare uffici speciali con incarico di preparare questo lavoro, ma bensì ha voluto utilizzare gli uffici già esistenti, ai quali per tal modo si tratta soltanto di aumentare per un certo tempo la dose del lavoro. Forse con altro sistema si sarebbe raggiunta una maggiore speditezza nell'espletamento delle pratiche relative; ma sembra che il legislatore non abbia fretta e si preoccupi piuttosto della precisione od esattezza dei risultati. Che se alla prima normale istruttoria delle prefetture dovrà susseguire un'altra istruttoria per parte delle Giunte, non perciò la prima istruttoria dovrà ritenersi inutile o superflua o vana: si può sempre ritenere che sia altrettanto lavoro diminuito per la Giunta, la quale del resto, per quanto possa avere a propria disposizione nel suo seno e fuori del suo seno dei periti agrimensori, tuttavia non è di sua natura un organo attivo, o, come dicemmo

Digitized by Google

un organo di vera e propria iniziativa, ma invece è un collegio il quale non può ingombrarsi troppo di pratiche amministrative e burocratiche per non compromettere la sua funzione giurisdizionale o giudiziaria che dir vogliasi.

Del resto, se la Giunta vuole in qualche caso avere, pel tramite della prefettura rispettiva, una corrispondenza più ampia e dettagliata colle Autorità municipali, non v'ha disposizione di legge o di regolamento che lo impedisca: la cosa può camminare regolarmente con quel metodo che volta per volta sembrerà più opportuno e meglio rispondente alle circostanze del caso speciale che si sta trattando, compatibilmente coi termini e colla procedura fissata in ordine alla parte contenziosa della vertenza. Del resto, la Giunta colla sua azione di controllo in ordine agli elenchi non elimina per fermo la responsabilità amministrativa degli organi di governo, nè questi coll'azione loro compromettono in modo alcuno la giurisdizione di quella in base agli elenchi stessi: si tratta di due azioni o funzioni, le quali, quantunque non parallele, sono però coordinate tra di loro ad un fine unico e determinato, che non cambia per aumentare di diligenza o di solerzia da una parte o dall'altra. Gli elenchi, sotto un certo punto di vista, si possono assomigliare ai ruoli delle contribuzioni, i quali sono compilati dalle agenzie delle imposte, ma poi possono essere modificati in seguito ai reclami delle parti che vi hanno interesse. Ma intanto nell'uno e nell'altro caso è tracciato un procedimento amministrativo normale, che costituisce quasi l'ossatura di tutta quanta la procedura, sino alla fine ed anche senza il concorso degli interessati: concorso che pertanto non si presenta come necessario, ma soltanto come possibile o come sussidiario all'azione autonoma dell'ufficio al quale è affidata l'istruttoria relativa agli elenchi. L'elenco preparato dalla prefettura è provvisorio, nè diventa definitivo fino a quando non sia esaurito il procedimento per la sua pubblicazione o pei ricorsi degli interessati: ma lo stesso suo divenire definitivo non deve intendersi in modo assoluto e in tutti i sensi, bensì soltanto in via amministrativa e salve le modificazioni da apporvi in via contenziosa non solo, ma unicamente di fronte agli interessati: poichè senza l'intervento degli interessati anche in via amministra-

Digitized by Google

tiva, come vedemmo, può subire cambiamenti ad opera della Giunta; come anche indirettamente può ricevere aggiunzioni per mezzo di elenchi suppletivi, nel caso di omissione di qualche servitù o di qualche diritto abolito ovvero nel caso d'indicazioni incomplete od imperfette.

Quando dunque si dice che l'elenco è definitivo, conviene intendere l'espressione in senso molto relativo e senza annettervi un concetto d'irrevocabilità o d'immutabilità, che cozzerebbe con tutto quanto il procedimento così amministrativo come giurisdizionale: l'elenco è come una specie di falsariga sulla quale si esplica la competenza della Giunta; ma questa è libera di scrivere su quella falsariga coi caratteri che più crede conducenti allo scopo di liquidazione che le è stato prefisso dalla legge. La liquidazione si compie dunque in base agli elenchi, ma non soltanto in base ad essi, quantunque questi siano pur necessari come base e sostrato di tutto quanto l'ordine procedurale: vi sono altri elementi importantissimi e primo fra tutti il discernimento e il giudizio della Giunta e sull'insieme e sulle parti singole così degli elenchi come dell'opera ad essa affidata. Certamente la Giunta non deve limitarsi ad approvare senz'altro gli elenchi definitivi così come le vengono trasmessi dalla prefettura, neppure quando manchino reclami di parti interessate: la sua azione è fattiva e dev'essere utile di per sè stessa, quantunque con essa non abbia principio ma termine la procedura diretta all'applicazione della legge. Dopo la procedura affidata alla Giunta, non è detto quale fine debbano fare gli elenchi e se questi debbano essere restituiti alle rispettive prefetture colle emarginazioni contenenti l'esito delle modificazioni fatte d'ufficio o colle decisioni dalla Giunta stessa pronunciate su questa o quella parte dell'elenco che cadde in contraddittorio tra le parti interessate.

Evidentemente, trattandosi di un lavoro di liquidazione di diritti e servitù e di assegnazione delle corrispondenti indennità, l'elenco deve restare presso la Giunta fino a che tutta l'opera non sia compiuta; e solo alla fine e compiuta quest'opera, con tutte le pratiche relative, l'elenco va a finire naturalmente nell'archivio della prefettura rispettiva, poichè le Giunte non hanno un proprio ufficio permanente e stabile.

Digitized by Google

A liquidazioni e assegnazioni compiute, le Giunte hanno esaurito il loro còmpito, i collegi si dissolvono, le cancellerie più non funzionano, gli atti si pongono agli archivi come documenti storici e nulla più. La legge ha voluto che si trattasse di liquidazione, vale a dire di un'operazione per una volta tanto, senza strascichi e senza pratiche indefinitivamente sospese: perciò ha voluto piuttosto abbondare nei termini procedurali e nelle garanzie concesse alle parti interessate, affinchè poi non si venisse a muover doglianza di un'azione precipitata, per riaprire la trattazione di pratiche già esaurite o liquidate. Si comprende che l'opera delle Giunte, per quanto lunga, deve terminare; e che, sino a quando non è terminata, la sua attenzione e la sua competenza può sempre essere portata su nuovi elenchi suppletivi compilati per stimolare l'opera sua, che ha carattere di provvedimento definitivo soltanto allo stato degli atti sottoposti alla Giunta stessa e non oltre nè per di più. Non è peraltro escluso che la Giunta stessa ritorni d'ufficio sull'esame di elenchi già approvati e richiami, prima di avere espletato tutta quanta la liquidazione, gli atti ad essi relativi.

72. La Giunta degli arbitri non è una istituzione nuova nel campo delle servitù od usi dei quali si tratta: le leggi precedenti, per talune parti d'Italia, ne hanno dato a noi un regolamento più o meno simigliante all'attuale. Secondo la legge 23 aprile 1865, n. 2252, per la Sardegna, in ogni capoluogo di mandamento erano stabiliti tre arbitri, scelti uno dal prefetto, uno dal presidente del tribunale e il terzo dal Comune interessato: questa Giunta arbitrale doveva giudicare inappellabilmente intorno al modo di reparto dei terreni e alla quota di compenso da assegnarsi all'ademprivista e al cussorgiante: ma, nel caso che fosse nata questione intorno alla proprietà del terreno ovvero intorno al diritto all'ademprivio od a cussorgia, la questione delle parti poteva essere portata dinanzi ai tribunali ordinari col sistema del procedimento sommario. — Per la legge 8 giugno 1873, numero 1389, relativa alle provincie meridionali (napoletane e siciliane), la domanda di commutazione si doveva proporre con citazione davanti al tribunale del territorio in cui erano

Digitized by Google

i beni soggetti a prestazione, e nel caso di contraddittorio tra le parti la domanda stessa era sottoposta ad un perito ed a tre arbitri per pronunciare sulle controversie derivanti dal contrasto sul giudizio peritale: il perito e gli arbitri erano nominati dallo stesso tribunale. Che se sorgesse controversia sul diritto alla prestazione, la controversia stessa doveva essere rinviata ai tribunali ordinari col procedimento ordinario. — La legge 25 maggio 1876, n. 3124, sulla Sila stabiliva che in ogni capoluogo di mandamento dove fossero territori della Sila regia si nominassero tre arbitri inappellabili, uno a scelta del prefetto e gli altri due a scelta del presidente del tribunale. Le sentenze di questi arbitri dovevano essere omologate e rese esecutive dal tribunale stesso in camera di consiglio, con procedura analoga a quella del compromesso secondo il vigente Codice di procedura civile. — La legge 2 aprile 1882 stabiliva nel Veneto una Giunta per ogni capoluogo di provincia, costituendola col concorso del presidente del tribunale, dell'ingegnere capo del Genio civile e di un consigliere provinciale, con attribuzioni molto simili a quelle della nostra legge del 1888. Or dunque la Giunta d'arbitri non è un istituto che in questa legge sia sorto come Minerva armata dal capo di un Giove legislatore; e, quantunque si tratti di una specie di giurisdizione eccezionale, sotto le apparenze di un arbitrato (l'arbitrato obbligatorio non essendo vero arbitrato); tuttavia è da notare che la Giunta è presieduta dal giudice anziano del tribunale e composta di due altri membri, l'uno dei quali è scelto dal presidente del tribunale stesso, e che quindi l'Autorità giudiziaria ordinaria, alquanto direttamente, influisce sulla composizione della maggioranza della Giunta stessa, la quale pertanto, anche per l'influenza del suo presidente, costituirà una specie di emanazione del tribunale locale e giudicherà con criteri ordinariamente giuridici, come potrebbe un giureconsulto di professione. Le giurisdizioni eccezionali sono, è vero, ricordi di tristi tempi trascorsi; ma, in fin dei conti, addossare tutte le attribuzioni al tribunale, per un briciolo di contenzioso che vi sia o possa esservi e perciò togliendo all'affare la sua indole amministrativa e facendo sì che la parte amministrativa resti assorbita nel contenzioso, equi-

Digitized by Google

varrebbe a diminuire le probabilità di una sistemazione che contentasse tutti e rispondesse agli interessi così dei privati come degli enti di ragion pubblica. Forse sarebbe stato da ventilare se, trattandosi di controversie sul diritto alla prestazione (come disponeva la legge del 1873 per le provincie napoletane e siciliane) oppure della controversia sul diritto di proprietà del fondo vincolato, fosse stato il caso di rinviare la vertenza dinanzi al tribunale: ma la questione di proprietà può sempre terminare dinanzi al tribunale colla speciale azione di rivendicazione, e il diritto alla prestazione discende naturalmente dalla constatazione di quelle condizioni di fatto dalle quali risulta l'esercizio della servitù. E poi deve notarsi che questa sistemazione dei predi sottoposti sinora al vincolo di servitù od usi civici si è voluta concepire piuttosto come un vasto provvedimento amministrativo e politico, anzichè come una controversia giudiziaria; nel senso che in tutto quanto l'affare s'intende che predomini la sistemazione generale sull'interesse dei singoli, pur senza escludere un tale interesse e senza dare ad esso una parte tanto esigua da farlo assorbire nell'altro. Il che si rivela chiaramente per il modo di composizione della Giunta: del resto l'appello dalle deliberazioni delle Giunte d'arbitri è completamente riservato all'Autorità giudiziaria, anzi (come si vedrà in seguito) alla Corte d'appello: per lo che appunto la vertenza assume carattere non concorrente nè predominante soltanto, ma esclusivo, di una vera e propria vertenza giudiziaria in tutta l'estensione del termine. Ciò però finchè si tratta di questione sull'esistenza, sui limiti e sulla natura della servitù: talchè in queste ipotesi tutto si riduce, sotto il punto di vista della competenza dell'Autorità giudiziaria, nel far perdere alle parti il solo primo grado della giurisdizione contenziosa. Ma censure maggiori si rivolsero alla legge per non aver voluto essa fissare condizioni di eleggibilità a membri delle Giunte; per la qual cosa e prefetto e presidente di tribunale non hanno alcuna limitazione nella qualità e nei requisiti delle persone sulle quali far cadere la propria designazione e possono quindi scegliere anche persone non troppo familiari colla giurisprudenza e colla tecnica: e anzi si osservò che, mentre le attribuzioni della Giunta come ma-

Digitized by Google

gistratura speciale sono sempre più allargate, la composizione della Giunta stessa diviene sempre più arbitraria. Nella legge del 1882 si conferiva agli arbitri un incarico quasi eguale, ma a due dei membri della Giunta si domandavano requisiti speciali di capacità e d'integrità, mentre il terzo era sottoposto all'elezione popolare. Il Senato, nella formazione dell'art. 8 della legge, non pose invece requisiti di sorta in ordine alla capacità, all'età e agli altri incarichi sostenuti dal candidato e compatibili o no con quello di arbitro: si lasciò in piena ed esclusiva facoltà del prefetto e del presidente del tribunale il provvedere alla nomina, rispettivamente, di un arbitro per ciascuno nella Giunta per l'applicazione della legge del 1888. Allo stesso on. ZUCCONI, nella sua ultima relazione, parve opportuno di fare accenno alla discussione svoltasi in seno alla Commissione parlamentare circa la convenienza o meno di porre limitazione ad un tale arbitrio escludendo specificatamente le persone rivestite di cariche pubbliche elettive e quelle che anche indirettamente potessero essere interessate nell'affrancazione. Questa limitazione peraltro sembrava da un canto poco logica e dannosa all'interpretazione della legge, inquantochè per taluni casi rendeva impossibile l'entrata dei cittadini migliori e più capaci a far parte delle Giunte d'arbitri: e dall'altra si appalesava inutile e superfluo, inquantochè le regole procedurali del giudizio civile circa la ricusazione e l'astensione dei giudici e degli arbitri si applicano anche alle Giunte di cui parliamo, non essendovi altra disposizione al riguardo nella legge speciale. Questo osservava il relatore ed in base alle sue osservazioni la Camera dei deputati lasciò passare integralmente il sistema delle Giunte d'arbitri con due membri scelti giusta il detto sistema di designazione libera. Ma tuttavia si avverte sempre che il rimedio della ricusazione e dell'astensione è in parte inadeguato al fine di contribuire ad una più sicura e retta amministrazione della giustizia, a parte anche la sua evidente odiosità; poichè si può adottare soltanto nel caso di interesse e di parzialità evidente, ossia in un caso difficile a constatarsi: e perciò si preferisce da parecchi il sistema di limitare la eleggibilità a talune categorie, oppure di escludere altre categorie dalla

Digitized by Google

eleggibilità, diguisachè la designazione sia costretta in certi dati confini. E si accenna altresì, rendendo la questione più grossa, ad un peccato di origine della Giunta stessa, per cui la formazione di essa con ingerenza del prefetto sembra una confusione di poteri ed una illegittima influenza dell'Autorità amministrativa nel potere giudiziario, senza alcuna garanzia di capacità nei giudici eletti. Quanto alla retribuibilità o meno dell'incarico di arbitro, dapprincipio si pensò che l'incarico dovesse essere gratuito, ritenendo che gli arbitri potessero essere avvocati senza cause, con tempo disponibile o perchè esordienti o perchè ricercati da poca clientela; ma poi l'art. 18 del regolamento accordò ad essi un compenso consistente in una medaglia di presenza da L. 10 a 15 per seduta, secondochè essi risiedessero o no abitualmente nel capoluogo del circondario. Evidentemente poi, quando un circondario fosse sprovvisto di tribunale proprio, occorreva affidare la presidenza della Giunta circondariale, composta nel modo ordinario, al giudice anziano del tribunale territorialmente competente e le funzioni di cancelliere ad un vice-cancelliere o vice-cancelliere aggiunto presso il tribunale stesso; questa soluzione era inevitabile e sembra inutile rammarico quello che i giudici anziani fossero così costretti alla vita nomade dei *missi dominici*, tanto più oggi che si è perfino ventilata la funzione di giudice itinerante nel luogo di pretore stabile per circoscrizione mandamentale. Sulla composizione delle Giunte esclusivamente di avvocati (la qual cosa si teme come quasi normale) si notò anche l'inconveniente che le stesse persone potessero talvolta funzionare da giudici e altra volta perorare da patrocinatori presso quello stesso collegio arbitrale al quale appartengono e dal quale si appartano mediante la ricusazione o l'astensione, o al quale appartennero poco fa: e sembrò che questo inconveniente potesse avere conseguenze morali di una certa importanza nei rapporti colla serietà e col senso di imparzialità che deve sorreggere il giudice contro le impressioni e dal quale pure è comunicata alle parti contendenti una maggior fiducia nel còmpito della giustizia alla quale vedono sottoposte le loro ragioni. Certamente agli avvocati patrocinatori potrebbe talora contrapporsi il precedente o la mas-

Digitized by Google

sima dovuta al giudizio degli avvocati arbitri; e lo studio di non evitare contraddizione *in eodem* potrebbe vincolare o il giudizio dell'arbitro o la libertà del patrocinatore a principî di coerenza non facili a mantenersi. È però da notarsi che nel caso di rifiuto o di dimissione, come nel caso d'impedimento, di taluno dei membri della Giunta arbitrale, non la legge ma il regolamento provvede alla surrogazione del membro rifiutato o dimesso. Anzitutto il presidente della Giunta, non senza avviso agli interessati, può prorogare i termini già stabiliti per la trattazione e definizione delle vertenze e darne avviso agli interessati; ma, perdurando l'impedimento stesso oltre i tre mesi come in caso di rifiuto o di dimissione di uno degli arbitri, si procede su proposta del presidente della Giunta alla surrogazione del membro rinunciante od impedito secondo le norme indicate dalla legge per la scelta dei membri stessi, a seconda che si tratta di membro designato dal prefetto o dal presidente del tribunale civile. La proroga dei termini produce naturalmente come effetto il prolungamento della procedura che si svolge dinanzi alla Giunta; e sembra esagerata l'attesa trimestrale per passare dalla proroga dei termini alla surrogazione secondo le disposizioni regolamentari: talchè, tra i vari espedienti procedurali, si è venuto anche accarezzando il procedimento sommario dinanzi ai tribunali ordinari per iniziativa dei prefetti o dei sindaci nell'interesse delle parti negligenti. Certo è che la surrogazione dell'arbitro, specialmente da parte di un prefetto lontano dal circondario di cui si tratta non è tra le cose più semplici; e lo stesso dicasi per l'arbitro da nominarsi o da surrogarsi per opera del presidente del tribunale: poichè tanto il prefetto quanto il presidente prima di trovare l'arbitro debbono certamente assumere informazioni e prender consiglio da funzionari d'ordine inferiore; informazioni che di solito si sa quali siano e dove in ultima analisi vadano a formarsi, per una trafila più o meno breve d'intermediari. Ma forse si sarebbe potuto ovviare a ciò (e lo si fece non fin dapprincipio, ma per le modificazioni della legge del 2 luglio 1891) nominando fin dapprincipio oltre ai tre arbitri titolari anche i tre arbitri supplenti, in modo da avere questi ultimi sempre sotto mano

Digitized by Google

per sostituirne o surrogarne uno o entrambi o tutti e tre a quello od a quelli che non possono effettivamente prestar servizio. Per siffatta guisa sarebbe sostanzialmente assicurata la continuità del servizio arbitrale in Giunta e le sostituzioni avverrebbero per semplice biglietto presidenziale o avviso di cancelleria senza alcun nuovo provvedimento di nomina: la qual cosa è assai speditiva e non importa una sensibile perdita di tempo, almeno di fronte al regolare andamento degli affari. Del resto, s'intende che il servizio di cancelleria deve essere permanente e accessibile al pubblico con regolare orario per la presentazione di ricorsi, di memoriali, di domande, di documenti, di deduzioni e per tutti gli incombenti necessari all'esplicazione della procedura: per la qual cosa l'ufficio stesso non può aver sede nel luogo ove risiedono il tribunale e la prefettura, ma bensì nel capoluogo di circondario ov'è stabilita la Giunta d'arbitri; e ciò anche nell'ipotesi che un solo presidente sia obbligato a dirigere due o più Giunte in due o più circondari diversi. Ma così la legge come il regolamento tacciono a questo riguardo; e quindi in pratica si può anche della cancelleria arbitrale fare una semplice sezione in cui si suddivida la cancelleria del tribunale civile dal quale si toglie il giudice anziano per presiedere una o più Giunte d'arbitri: ma questo, mentre importa risparmio di locali, d'indennità e di lavoro, d'altra parte rende meno agevole agli interessati l'adizione del magistrato arbitrale e fa sì che lo svolgimento di tali affari avvenga troppo lungi dalle ubicazioni dei territori in cui si trovano i fondi gravati delle servitù di pascolo. Ciò non è del tutto consentaneo colla natura del servizio e coll'indole della liquidazione di questi vincoli molto connessi colle condizioni locali, sia per quanto concerne la posizione dei luoghi come per quanto riguarda i costumi degli abitanti.

La Giunta d'arbitri, quanto ad attribuzioni, può agire o a istanza di parte o di iniziativa propria. Quando agisce di sua iniziativa, le attribuzioni di essa cominciano al momento in cui ricevette dal prefetto gli elenchi definitivi, giusta la disposizione regolamentare. Appena esaminati gli elenchi, le Giunte debbono occuparsi delle spese occorrenti per l'esecuzione della legge: spese, le quali, per l'art. 14 della

Digitized by Google

legge stessa, vanno a carico di coloro che procedono all'affrancazione, ma sono anticipate o pagate dai Comuni nel cui territorio sono collocati i beni gravati o vincolati, nella misura stabilita dalla Giunta rispettiva. Il regolamento stesso all'art. 7 dispone che prima d'iniziare i lavori le Giunte d'arbitri stabiliscano con distinte ordinanze le somme da anticiparsi dai Comuni nel cui territorio sono posti i beni gravati; tenuto conto della importanza delle servitù stesse e dei diritti in riguardo tanto alla estensione superficiaria quanto al numero degli utenti. Queste ordinanze di Giunta sono notificate ai Comuni dai prefetti ed i Comuni, entro un mese dalla data della notificazione, debbono depositare la somma relativa nella cancelleria della Giunta stessa. Se il pagamento non si effettua dentro il mese, i prefetti provocano dalla Giunta provinciale amministrativa l'iscrizione della somma nel bilancio del Comune renitente e la spedizione del relativo mandato a favore del presidente della Giunta arbitrale. Lo stesso procedimento si segue se occorre un supplemento alla somma depositata. La legge e il regolamento dunque, a chiare note, addossano ai Comuni tali spese per mezzo di anticipazioni forzate, quantunque essi come enti patrimoniali non partecipino alle indennità di affrancazione nè abbiano su di esse ingerenza di sorta: la qual cosa forse si concepisce più agevolmente sotto la lente del bene pubblico e dell'interesse pubblico, non potendosi supporre che lo Stato debba addossarsi, sia pure in via di semplice anticipazione, le spese che riguardano solo talune zone del territorio nazionale e non tutto quanto il territorio. Soltanto si potrebbe ventilare se dovesse esser messa a concorso la provincia nel cui territorio si trovi la zona da sottoporsi alla sistemazione; poichè anche la provincia è ente locale e non è raro il caso che zone siffatte trovinsi nel territorio di più Comuni e quindi presentino un interesse intercomunale vero e proprio. Ma l'art. 14 della legge non lascia alcun dubbio sull'onere dei Comuni e forse non senza altre buone ragioni, visto che le Provincie sono enti amministrativi di creazione in gran parte fittizia e che ad ogni modo la loro esistenza è posteriore a quella dei Comuni stessi presso i quali in origine e nel cui territorio, con benefizio od

Digitized by Google

a carico di essi, sorsero tali servitù od usi. Tassate le spese colle relative ordinanze, la Giunta arbitrale prosegue nel procedimento e stabilisce le norme di procedura che essa stessa seguirà e alle quali dovranno ottemperare coloro che dovranno comparirle innanzi. L'art. 11 della legge, a tal riguardo, dispone che le parti debbano essere intese personalmente o per mezzo di mandatario speciale e presentino i loro documenti per mezzo di memorie defensionali e propongano le loro conclusioni in base alle quali gli arbitri debbono emettere i provvedimenti di loro competenza. Le Giunte possono ordinare all'uopo i mezzi istruttori che ritengano necessari, e, se ammettono la perizia, debbono affidarla ad un solo perito, la cui relazione si deve avere come notificata alle parti mediante l'avviso che il cancelliere deve dare agli interessati del deposito di essa nella cancelleria del tribunale (e qui si sarebbe desiderata nella legge una espressione alquanto più chiara e grammaticalmente corretta); e contro la quale relazione si può fare opposizione dentro un mese dall'avviso stesso, depositandola nella cancelleria del tribunale, perchè le parti possano (*per poterne*, scrive la legge colla sua grammatica preferita) prenderne cognizione fra 15 giorni da quello del ricevuto avviso. L'art. 8 del regolamento attribuisce alla Giunta arbitrale la fissazione dei termini e del metodo di procedimento per i mezzi d'istruzione e per la difesa delle parti in base all'art. 11 della legge; l'art. 9 ammette la delegazione dalla Giunta ad uno dei suoi membri degli atti d'istruzione, di ricognizione e di identificazione dei fondi gravati. Una tale ricognizione e identificazione dei fondi gravati di servitù o di diritti in ciascun Comune della propria giurisdizione è il primo atto di procedura al quale deve attendere ogni Giunta arbitrale; e questo deve farsi nei termini e modi precedentemente stabiliti dalla Giunta stessa (art. 10 regol.). E, per l'art. 11 successivo, riconosciuti e identificati i fondi gravati, le Giunte d'arbitri debbono citare per mezzo di usciere giudiziario le parti a comparire personalmente o per mezzo di mandatario speciale in una delle udienze da fissarsi preventivamente e a presentare le conclusioni loro in iscritto: che se le parti legalmente citate non compariscono o comparendo

Digitized by Google

non presentano le loro conclusioni, le Giunte pronunciano del pari le decisioni loro, mediante la istruttoria che si è potuta fare, coi mezzi acquisiti alla vertenza e allo stato degli atti. Evidentemente, posto che le Giunte debbono decidere d'iniziativa propria senza aiuto di parte nè per la constatazione dei fatti nè per le deduzioni giuridiche dai fatti constatati (poichè le parti possono anche non comparir mai dinanzi alle Giunte), queste debbono aver modo di fare per conto proprio una certa istruttoria del giudizio, adeguatamente alla decisione da prendersi. Come potrà esser condotta questa istruttoria di preparazione? Anzitutto dunque gli arbitri, per bene impadronirsi della materia sulla quale sono obbligati a sentenziare, debbono riconoscere e identificare i fondi gravati di servitù od uso civico; fondi sui quali appunto è eccitata la loro giurisdizione: per lo che la Giunta farà bene di delegare ad uno dei suoi l'accesso sopra luogo, previo accurato esame degli elenchi e dividèndo territorialmente il còmpito tra i suoi vari membri e può ordinare gli estratti catastali e le perizie opportune, nonchè gli altri documenti che possono gettar luce sul diritto, sulla servitù e rispettivo esercizio. Tuttociò si svolge al difuori dell'azione e della cooperazione degli interessati, fino a che non si tratti di perizia; poichè allora la relazione del perito dev'essere notificata alle parti e queste, quante volte ritengano la perizia stessa lesiva dei loro interessi, possono fare opposizione. Istruito così l'affare, il relatore incaricato ne riferisce in Giunta e questa, se ritiene la vertenza sufficientemente istruita, fa citare le parti a udienza fissa e decide poi, dopo aver compulsato le ragioni *hinc inde*. Il lavoro preparatorio d'istruzione che la Giunta fa di sua iniziativa, ad ogni modo non può fin dal principio ritenersi inutile, perchè non si sa se comparirà una delle parti o compariranno tutte le parti interessate: e in questa incertezza conviene prepararsi anche ad emettere una decisione coi soli mezzi istruttori raccolti per propria iniziativa dalla Giunta stessa. Ma si supponga che, ordinata dalla Giunta la perizia, ed eseguita, le parti interessate, pur senza aver fatto opposizione di sorta nel termine prefisso di un mese dalla notificazione di quella, poi all'atto della loro regolare comparizione dinanzi alla

Digitized by Google

Giunta chiedano una nuova perizia a salvaguardia propria. In tal caso si potrebbe dubitare se il decorso del mese fissato nell'ultimo capoverso dell'art. 11 della legge importi decadenza dal diritto di pretendere la nuova perizia: ma fu osservato che queste disposizioni hanno il solo scopo di sopperire alla negligenza delle parti e di dare al giudice il mezzo di fornirsi, indipendentemente dal loro concorso, quella salda convinzione la quale dev'essere a base di ogni retto giudizio con le debite garanzie di cognizione di causa; e che perciò alle parti non deve rifiutarsi di completare quandochessia e comecchessia l'opera del giudice d'istruzione. E s'invocarono a sostegno di questa opinione i combinati disposti degli art. 2 e 6 (2° comma) del regolamento relativo: perchè, se, indipendentemente dalla formazione degli elenchi le parti interessate possono di loro iniziativa presentare alla Giunta d'arbitri competente domanda di affrancazione di fondi, indicando i diritti o la servitù di cui quelli sono gravati, la loro ubicazione, superficie, ed estimo censuario e quanto altro occorra per l'identificazione di quelli, il nome dei singoli utenti della servitù o del diritto; e se le Giunte possono procedere sopra istanza delle parti e indipendentemente dagli elenchi, si deduce da ciò che la Giunta nel caso d'istanza di parte agisca come un tribunale ordinario senza tener conto nè degli elenchi, nè per conseguenza degli altri mezzi di prova coi quali la legge ha dato modo alla Giunta stessa di tutelare per sua stessa iniziativa l'interesse delle parti suddette. Ora, dal momento che le parti appariscono o si fa viva taluna di esse, la fase della vertenza si muterebbe da sindacatoria o d'iniziativa in funzione giudiziaria vera e propria col suo contraddittorio o per lo meno coi mezzi di prova proposti da una sola delle parti diligenti a tutela del proprio interesse: perlocchè dovendosi ritenere che le parti meglio del giudice possano conoscere qual sia il mezzo istruttorio più adatto al proprio interesse, si dovrebbe all'apparire delle parti ammettere, occorrendo, la riapertura di tutta quanta l'istruttoria o per lo meno la proposizione di qualsiasi mezzo di prova, anche in contrapposto ad altri mezzi già sperimentati. Quindi, si dice, mentre nel caso in cui non comparisse alcuna delle parti, la Giunta dovrebbe necessariamente decidere secondo le risultanze della fatta istruttoria

Digitized by Google

e nel caso che se ne presenti una sola deve tener conto delle risultanze di tale istruttoria d'ufficio nell'interesse della parte non comparsa; quando l'una e l'altra si presentano a sostenere le loro ragioni, la Giunta stessa non può nè deve pronunziare se non decisioni basate sulle ragioni e sulle prove presentate dalle parti stesse, senza che la pronuncia possa estendersi *ultra vel extra petita*, nè su cosa non chiesta o fuori della lite contestata, secondo i principii generali di procedimento giudiziario.

Non si vorrebbe neanche far distinzione tra il caso in cui le parti abbiano adito volontariamente la Giunta e quello in cui abbiano atteso di essere citate dalla Giunta stessa; avendo in tale ultimo o in entrambi i casi integrato il giudizio colla propria comparizione. Circa questa soluzione noi tuttavia nutriamo qualche dubbio: perciocchè il procedimento della Giunta, quasi per una specie di sindacato o delegazione di atti d'impero, non attiene semplicemente ad un còmpito giudiziario ma è misto nella sua unicità e comincia per iniziativa connessa alla elaborazione degli elenchi prefettizi, colla possibilità di continuare in forma di contraddittorio, e se le parti, debitamente avvertite, si mettono su questa strada; ma non sembra corretto che l'azione della Giunta possa essere ritardata o inceppata per il sopravvenire tardivo dell'azione degli interessati, i quali debbono accettare l'istruttoria al punto in cui si trova. Però, accettare un'istruttoria già fatta significa forse trovarsi nell'impotenza di far presenti ulteriori mezzi di prova, o significa soltanto non ripetere mezzi della stessa specie di quelli già esperiti? Per esempio, si potranno rifare daccapo le stesse prove testimoniali, e cioè tornare ad escutere gli stessi testimoni già intesi senza le parti, sol per avere la presenza di queste ultime allo svolgimento della relativa fase drammatica della escussione? Se si tratta di nuovi articoli di prova, per cui possa evitarsi l'inconveniente del *bis in idem*, pare di sì; ma sembra che la risoluzione debba essere negativa nell'ipotesi del ripetersi la stessa prova sugli stessi articoli e dalle stesse persone e allo stesso scopo. Applicando questo concetto, poniamo il caso che la parte diligente si trovi in presenza di una perizia lesiva del suo proprio interesse e che tenga a troppo bassa estima-

Digitized by Google

zione o il valore del fondo o il valore della servitù o dell'uso imposto su quel fondo stesso: la parte, presentandosi, può essa chiedere una controperizia perchè risulti un valore diverso? Da un canto le si potrebbe contrapporre il principio che *vigilantibus et non dormientibus iura data sunt;* dall'altro si potrebbe richiamare l'interesse della verità, dell'equità e della giustizia, ch'è un interesse unico e superiore a qualsiasi ragione di brevità del procedimento di liquidazione o di sistemazione di tali servitù od usi civici.

La prima soluzione, cioè quella consistente nel ritenere la perizia come irrevocabile, sembra la più vera quando della relazione del perito depositata in cancelleria sia stato dato opportuno avviso alle parti interessate e queste abbiano lasciato decorrere infruttuosamente il termine di un mese per fare opposizione. Evidentemente, se si è ritenuta necessaria la fissazione di un termine per l'opposizione, si è inteso con questo di non render più possibile l'opposizione stessa (sotto qualsiasi forma, e perciò anche come proposizione di una controperizia) e di abbreviare il procedimento e di evitare domande dilatorie od atti emulativi: il tutto acciocchè la sistemazione proceda non solo nell'interesse privato, ma anche (e non meno urgentemente) nell'interesse pubblico, una volta per sempre, senza pentimenti e senza ritornare sui passi fatti, se non per esperire quei rimedi ordinari o straordinari che dalla legge stessa siano concessi.

Nel caso nostro, essendosi accordato il termine di un mese per fare opposizione, contro la perizia fatta non si dà altro rimedio da quello infuori dell'opposizione, e soltanto nel termine di un mese dall'avviso del deposito della perizia: controperizie non se ne ammettono, se pure non possano costituire il contenuto o il risultato delle opposizioni alle perizie depositate; perciocchè non è escluso che la Giunta, in accoglimento di un'opposizione di parte interessata, ordini l'esperimento di una controperizia alla perizia già fatta e regolarmente depositata, al modo stesso che potrebbe preferire altri mezzi istruttori o probatori. Quanto alla sentenza (che il regolamento chiama decisione) essa è emanata dalla Giunta per amichevole composizione e inappellabilmente: così l'art. 10 della legge. Il regolamento poi (art. 12-14) ripete questo concetto

Digitized by Google

e aggiunge che la liquidazione agli aventi diritto si fa di una indennità in annuo canone o in terreno corrispondente al valore della servitù o del diritto cui i fondi sono soggetti; prescrive che la decisione sia deliberata a maggioranza di voti e richiede che la decisione stessa contenga gli estremi del diritto procedurale comune per le sentenze dell'Autorità ordinaria, più l'indicazione del Comune, nome, cognome e domicilio delle altre parti interessate, nonchè l'indicazione del fondo gravato e la ricognizione e identificazione fattane. Se uno degli arbitri ricusa di sottoscrivere, se ne fa menzione nella decisione e questa ha egualmente effetto sottoscritta da due. Le decisioni sono pubblicate nell'udienza successiva alla data di loro pronunciazione: e quelle inappellabili o che non dànno diritto a ricorso si rendono esecutorie immediatamente dopo notificate agli interessati; salvo, come si vedrà, il caso dell'appello quando questo è ammesso. Ora tali decisioni delle Giunte d'arbitri, oltrechè hanno per còmpito il riconoscimento e la identificazione dei fondi, nonchè la liquidazione su di essi delle indennità corrispondenti alla loro affrancazione e la risoluzione di qualsivoglia questione relativa alle servitù e svincolo di quelle, debbono anche secondo l'art. 9 della legge assegnare le indennità medesime agli aventi diritto, conforme al disposto dell'art. 15 della legge stessa. Quanto alla natura del giudizio della Giunta sulle associazioni non più esistenti o non rispondenti ai fini pei quali furono costituite, si è voluto dire che essa non sia già dichiarativa ma attributiva di diritto; nel senso che essa non già semplicemente riconosca, ma ordini addirittura che non esista o non risponda più ai suoi fini la tale o tal'altra associazione, alla quale, se esistesse o se rispondesse tuttora ai suoi fini, dovrebbe attribuirsi l'indennità. Senonchè una sentenza di questa specie, in quanto riconosce soprattutto talune circostanze di fatto, dalle quali non possono derivare che determinate conseguenze di diritto, non ordina che l'associazione viva o muoia, risponda o non risponda ai suoi fini; ma dichiara invece l'inesistenza o la non rispondenza al fine, come accadrebbe se si trattasse d'una sentenza di tribunale ordinario. Pubblicata questa sentenza ai termini di legge, essa dovrà essere notificata, a diligenza della Giunta stessa che la emanò, a ciascuna delle

Digitized by Google

parti interessate, e, trascorso il termine di 30 giorni per l'appello (per tener presente l'ipotesi nella quale l'appello è ammesso), deve, sempre dalla Giunta, essere trasmessa al Ministero di agricoltura, perchè questo provveda a seconda dei suoi poteri. Che se sul fondo sottoposto a servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o d'imporre tasse a titolo di pascolo vi è una servitù di transito del bestiame e di abbeveramento, per queste servitù non deve introdursi alcuna novità; e, se il fondo affrancato dovesse rimanere soggetto a queste servitù, la Giunta d'arbitri dovrebbe provvedere in modo da conciliare l'uso di tali servitù collo scopo della legge abolitiva o di affrancazione. Questa disposizione fu tolta quasi di peso dalla notificazione pontificia del 29 dicembre 1849: è evidente che la legge ha voluto far sussistere tali servitù indipendentemente da quella vera e propria del pascolo, la quale resta invece abolita o limitata al puro necessario, a meno che si tratti di soppressione vera e propria del pascolo; nel qual caso è pure inutile far continuare la servitù di passaggio o di abbeveraggio del gregge. Ma se, come è previsto nell'art. 9, la Giunta d'arbitri riconosce la necessità della continuazione dell'uso, nella stessa superficie di prima od in superficie anche più ristretta; in tal caso è anche logico che perduri la servitù di passaggio o di abbeveramento: senonchè la Giunta stessa, trattandosi di una servitù connessa e coordinata a quella del pascolo, dovrà provvedere per conciliare l'uso del passaggio o dell'abbeveramento coll'uso del pascolo, in modo che l'una non ecceda il fabbisogno per l'altra o che abolita, per così dire, la servitù principale, non resti inutilmente in vigore la servitù accessoria. Circa alla notificazione degli atti e delle decisioni della Giunta, essa, quando è affidata alla iniziativa della Giunta stessa, dev'esser fatta a nome di essa, per cura del cancelliere della medesima e col mezzo di usciere giudiziario: e la domanda o gli atti da presentarsi alle Giunte arbitrali, come gli atti compiuti dalle Giunte stesse, e le decisioni di Giunta, debbono redigersi in carta da bollo da una lira; mentre prima di una tale disposizione esplicita anche la qualità del bollo da adoperarsi era soggetta a dubbi e a discussioni in vario senso. Quanto alle

Digitized by Google

spese per il procedimerto di Giunta, è evidente che, trattandosi di semplice anticipazione fatta dal Comune, queste spese debbono poi essere rimborsate dagli interessati ai Comuni stessi in seguito a tassazione della competente Giunta: e questo rimborso l'art. 14 (2° comma) della legge dispone che si faccia coi mezzi di esecuzione dati per riscuotere le imposte dirette. E l'art. 19 del regolamento prescrive che la tassazione e il riparto di tali spese da rimborsare siano fatti con speciale ordinanza a carico di coloro che hanno proceduto all'affrancazione e che in base alla tassazione stessa il Comune possa chiedere agli obbligati, anche coi privilegi fiscali, il rimborso della spesa anticipata la quale non gravasse sul Comune medesimo; e che, se vi è eccedenza delle somme anticipate, debbono queste essere restituite ai Comuni dietro ordinanza della Giunta medesima. Per la qual cosa il regolamento non fa che applicare il principio della legge, pure prevedendo e disponendo per maggiori dettagli, acciocchè non resti oscuro alcun punto della importante liquidazione che la Giunta fa con vere e proprie ordinanze, di carattere giudiziario forse più spiccato (almeno secondo le espressioni adoperate nel regolamento) delle stesse deliberazioni di merito emesse dalla Giunta stessa e che non sentenze, ma decisioni, vollero chiamarsi. Però nè la legge nè il regolamento esaurirono la materia relativa alla organizzazione procedurale di queste Giunte: nè credettero necessario modificare le disposizioni generali del Codice di procedura civile, alle quali fece riferimento il regolamento stesso coll'art. 23. Dovrebbero perciò applicarsi le disposizioni procedurali del Codice ordinario relativo al compromesso, per quanto non fosse espressamente previsto dal regolamento stesso.

Dunque le Giunte speciali di cui noi trattiamo, sotto questo punto di vista, equivalgono ai collegi arbitrali ordinari, che sono veri e propri collegi giudiziali: ma, come già vedemmo, questa equiparazione non può ritenersi completa nè in tutta l'estensione del termine, perchè, per quanto sin dapprincipio nei progetti ministeriali siasi avuta l'intenzione di rendere applicabili le norme relative al compromesso, tuttavia sin dapprincipio si volle che gli arbitri fossero dati obbligatoriamente dalla legge e non spontaneamente dalla volontà delle

Digitized by Google

parti, alle quali fosse pur libero altrimenti di portare le loro istanze all'Autorità giudiziaria ordinaria, oppure per lo meno, pure essendo imprescindibile la procedura compromissoria, di scegliersi, a propria iniziativa, gli arbitri che più avessero potuto convenire ad esse. Si volle l'arbitrato obbligatorio e l'arbitrato legale al di fuori di ogni scelta delle parti interessate nella composizione del collegio, non per altro se non perchè, a parte ogni dichiarazione o deduzione in senso diverso, nel suo insieme l'opera della Giunta si considerò non solo nell'interesse di talune determinate parti, che potessero essere tanto enti pubblici (come Comuni) od associazioni, quanto proprietari o utenti privati *non iure civitatis*, ma pur nell'interesse della generalità degli abitanti di quella data zona di terreno nel quale la servitù è imposta o l'uso si esercita; anzi soprattutto nell'interesse di tale generalità e nell'interesse pubblico.

Le Giunte di arbitri, come Giunte liquidatrici o sistematrici, sono anche veri e propri organi di Stato od organi del potere giudiziario: talchè, mentre la loro azione sta anche nei rapporti dei privati e tocca le proprietà e le fraziona e le libera da vincoli oppure le lascia in tutto od in parte vincolate, dall'altro canto esse sono istituzioni di Stato e funzionano nell'interesse pubblico e spesso direttamente nell'interesse della popolazione di qualche Comune o di parte di esso, ovvero di qualche università costituita in un interesse collettivo che rasenti l'interesse pubblico. Le due Camere legislative mostrarono aperta propensione a considerare le Giunte arbitrali come veri organi giudiziari; talchè il Senato le chiamò col nome di collegi giudiziari veri e propri, e la Camera elettiva voleva equiparare le decisioni delle Giunte stesse alle sentenze dei tribunali di prima istanza, con relativo ed illimitato diritto all'appello dinanzi alla Corte di merito territoriale. Ma il Governo riuscì a far prevalere il suo concetto, e così venne fuori l'istituto della Giunta misto di funzioni amministrative e giurisdizionali, e però si estese il principio messo in vigore per la Sila, con qualche variante su altri punti di natura diversa: la qual cosa giustifica altresì come e perchè i componenti la Giunta non sieno di libera elezione delle parti interessate. Forse qui è anche superfluo fare la

Digitized by Google

voce grossa e preoccuparsi della base dei governi liberi e dei rapporti che ha o può avere la libertà dei sudditi: l'intenzione del legislatore non è stata certo nè di attentare alla proprietà, nè di attentare alla libertà dei cittadini. Quanto alle regole procedurali ordinarie da applicarsi nel caso speciale, è chiaro che l'art. 10 del Cod. proc. civ. si oppone alla nomina ad arbitro di un minore, un interdetto, un escluso dall'ufficio di giurato per condanna penale e non riabilitato; ma non alla nomina ad arbitro di uno straniero. Ma non si applica alle decisioni arbitrali il disposto dell'art. 24 Cod. proc. civ., perchè la procedura speciale indicata dal regolamento provvede esaurientemente alla pubblicazione delle decisioni stesse: bensì si applica l'esclusione dell'opposizione contumaciale ai termini dell'art. 27 Cod. proc. civ., poichè anzi il 2° comma dell'art. 11 del regolamento, anche senza questa disposizione procedurale d'ordine generale, avrebbe per conto suo provveduto al caso speciale assicurando il regolare svolgimento della procedura malgrado la non comparsa o la non presentazione delle conclusioni da parte degli interessati. E così è anche applicabile l'art. 30 del Cod. proc. civ. per l'ammissione della domanda di rivocazione, nonostante qualsiasi rinuncia, nei casi, nelle forme e nei termini stabiliti per le sentenze dell'Autorità giudiziaria, proponendosi la relativa domanda legale dinanzi all'Autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa, soltanto nel caso che la Giunta avesse terminato di funzionare; perchè, per il caso che la Giunta funzioni tuttora, si deve applicare l'art. 498 del Cod. di proc. civ. e cioè si deve dinanzi alla Giunta stessa proporre la domanda di rivocazione, in virtù del principio generale di ragion procedurale che ogni tribunale o magistratura giudicante abbia competenza esclusiva a pronunziare la rivocazione delle sentenze proprie, emanate nell'esercizio della propria giurisdizione ordinaria.

L'art. 23 del regolamento toglie poi di mezzo ogni dubbio circa l'ammissibilità del ricorso di revocazione attraverso alle disposizioni generali del Codice di procedura civile. Si ritiene anche applicabile l'art. 32 del Cod. di proc. civ. relativo all'impugnativa per nullità delle decisioni della Giunta, le quali non sono emanate per un atto di compromesso tra gli inte-

Digitized by Google

ressati, ma bensì per un arbitrato obbligatorio e costituito dalla legge stessa. L'impugnativa per nullità (mutando le espressioni dell'art. 32 del Cod. di proc. civ. non applicabili al caso speciale della Giunta d'arbitri) è dunque data: se la sentenza sia stata pronunciata fuori dei limiti della legge abolitiva; se la sentenza non abbia pronunciato sopra tutti gli oggetti contemplati in essa legge, o contenga disposizioni contraddittorie; se la sentenza sia stata pronunciata da chi non poteva esser nominato arbitro o da arbitri non autorizzati a decidere in assenza degli altri; se non siano state osservate le prescrizioni dell'art. 13 del regolamento, in ordine agli estremi richiesti nelle sentenze arbitrali; se nel procedimento non siano state osservate le disposizioni richieste nei giudizi sotto pena di nullità, specificatamente indicate nella legge e nel regolamento. L'art. 33 del Cod. di proc. civ. che stabilisce la proponibilità dell'azione di nullità nel termine degli appelli dinanzi all'Autorità giudiziaria competente a conoscere della controversia non si applica alle decisioni di queste Giunte arbitrali, se non quando e se per ipotesi esse abbiano cessato di funzionare: ma se sono tuttora in funzioni e le decisioni di cui si tratta non sono proprio le ultime del loro ciclo giudiziario, in tal caso l'articolo stesso è applicabile, dal momento che non si potrebbe seguire l'art. 498 del Cod. di proc. civ. Resta poi anche fermo che, se l'Autorità giudiziaria ordinaria in forza dell'art. 33 rimane investita dell'esame e giudizio intorno alla domanda di nullità della decisione arbitrale, essa pronunzia anche sul merito della controversia; s'intende però allo stato degli atti e cioè senza procedere ad una nuova istruttoria ma contentandosi dei resultati dell'istruttoria già fatta. La procedura del giudizio o degli atti da svolgersi dinanzi alla Giunta arbitrale dunque è abbastanza semplice e non include difficoltà, almeno in apparenza. Si sarebbe forse potuto attuare un sistema più sbrigativo e sommario? A noi sembra che no. Dal momento che alla Giunta si è data, non già semplicemente facoltà, ma attribuzione vera e propria di procedere *ex officio*, in base agli elenchi: la Giunta così non è solo arbitrale ma anche liquidatrice: la prima parte dell'art. 6 del regolamento è abbastanza chiaro a questo riguardo, poichè dice che gli arbitri procedono in base agli elenchi

Digitized by Google

senza bisogno di istanza di parti e aggiunge che *potranno anche procedere sopra istanza delle parti, indipendentemente dagli elenchi.* Questa duplice procedura, della quale la prima necessaria e la seconda dipendente dalla pura volontà degli interessati, spiega a sufficienza come e perchè la pronunzia della Giunta non si chiami sentenza ma decisione. Chiamandola sentenza infatti si sarebbe accennato esclusivamente alla procedura verso istanza delle parti e non a quella di ufficio a scopo di liquidazione; mentre invece, se può prescindersi da una vera contestazione tra le parti, non si può invece prescindere dalla liquidazione *ex officio*, che è còmpito imprescindibile della Giunta stessa per legge, e, più chiaramente ancora, per regolamento. Del resto, l'espressione *decisione* può estendersi senza sforzo alla pronuncia giudiziale: come ormai è venuto in uso per i pronunciati, emessi anche in seguito a vera contestazione di lite, dinanzi alle cosiddette magistrature amministrative giudicanti per giurisdizione riservata e del tutto indipendente dalla ordinaria; qualche volta con un briciolo di potestà sindacatoria e affine alle funzioni amministrative propriamente dette. Non si può dire certamente che le funzioni della Giunta siano in tutto nè soprattutto funzioni di Stato; ciò sarebbe troppo spinto e ad ogni modo irregolare, perchè allora tanto varrebbe conferire allo stesso prefetto le attribuzioni di commissario liquidatore o le funzioni di Giunta liquidatrice al Consiglio di prefettura o alla Giunta provinciale amministrativa: colla differenza che in tal caso converrebbe sopprimere il diritto e l'interesse dei privati proprietari o utenti e la tutela giudiziaria che a questi diritti e a questi interessi vuol'essere accordata, anche se si tratti di enti pubblici *qui iure utantur privatorum.* La sistemazione, insomma, per ragioni d'ordine pubblico, può farsi anche al di fuori del concorso delle parti e per autorità pubblica; ma, se le parti intendono concorrere alla sistemazione stessa per tutelare i loro diritti e i loro interessi, debbono essere ascoltate e perciò ammesse all'integrazione della procedura, senza che perciò la parte giurisdizionale o giudiziaria venga a prendere il sopravvento sulla parte amministrativa o liquidatrice. Del resto, il non aver fatto assorbente nè l'una nè l'altra procedura è forse un bene, perchè così non

Digitized by Google

vi è rischio che l'una o l'altra finalità resti soverchiata o soverchiante: entrambe così camminano di pari passo verso una meta comune che può dirsi mista o combinata d'interesse individuale e d'interesse generale, e la fusione riesce quasi perfetta e conducente ad uno scopo che concilii le ragioni dello Stato colle ragioni della proprietà privata. Però convien tener presente quel principio ch'è inevitabile, quante volte i due interessi si trovino daccanto: il principio cioè che l'interesse pubblico, per piccolo che sia, deve avere il sopravvento e il predominio sull'interesse privato, tanto da assorbirlo formandone un complesso unico e inscindibile. E il sopravvento dell'interesse pubblico sul privato, si dovrebbe tradurre nella decisione inspirata al concetto di una liquidazione generale e distinta dalle affrancazioni o dagli svincoli accordati ai privati: la quale liquidazione si fa appunto dalle Giunte in base agli elenchi amministrativamente compilati. Ecco perchè si tratta di decisioni e non di sentenze vere e proprie: se la procedura fosse schiettamente contenziosa tra le parti interessate la cosa procederebbe diversamente e l'intonazione alla procedura sarebbe data dal criterio giurisdizionale o giudiziario e cioè dalla contestazione di lite tra le parti stesse. Che sia invece una procedura mista con lieve predominio della parte liquidatrice amministrativa (la quale anzi è pure alla sua volta contornata di termini e di inviti alla contestazione giudiziaria) non si può dire in modo deciso sia un male o un triste residuo dei tempi trascorsi sotto l'impero di leggi assolute o di reggimenti dispotici, ma si deve accettare come una specie di necessità dovuta al principio ispiratore della legge nel senso di una sistemazione generale di tutta la proprietà vincolata a servitù o usi civici.

73. Le decisioni della Giunta d'arbitri sono inappellabili di regola, appellabili soltanto per eccezione. L'art. 10 della legge sanziona le funzioni delle Giunte nella qualità di un amichevole componimento: il che però non esclude, nei rapporti del diritto pubblico, quanto dicemmo circa la loro attribuzione liquidatrice. Se però insorga questione sull'esistenza, sui limiti e sulla natura della servitù, gli interessati possono gravarsi in appello col procedimento sommario; restando

Digitized by Google

l'appello stesso sospensivo, salva alla Corte la facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria della decisione arbitrale. L'appello però deve essere interposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione, a norma di legge, della decisione della Giunta arbitrale (1). E per il terzo comma dell'art. 15 della legge medesima, l'appello è pure ammesso nello stesso termine contro le decisioni di Giunta concernenti la esistenza o meno e la rispondenza o meno al fine delle associazioni che prima godevano le servitù o gli usi ora affrancati. In questi due casi o gruppi di casi soltanto si può proporre appello contro le decisioni della Giunta. L'importanza di tali controversie ha imposto le eccezioni volute dalla legge. Se la servitù esista, quale natura essa abbia, quali siano i suoi limiti: sono questioni queste che non solo debbono considerarsi come poste a base dell'azione concreta, pratica ed efficace della Giunta, ma entrano anche in campo come elementi di contestazione tra le parti aventi interesse contrapposto. Sono questioni mescolate di fatto e di diritto, sempre, ma fondamentali e quasi preliminari o pregiudiziali che dir si voglia: perchè nessuna magistratura od Autorità potrebbe procedere nell'esame di merito senza aver prima bene assodato questi punti determinati e senza essersi prima reso conto dell'obbiettività completa e giusta del diritto sottoposto e della controversia relativa.

Le questioni poi inerenti a tali punti di diritto e di fatto possono essere d'importanza capitale e decisiva, tanto da intaccare tutta quanta l'essenza della controversia e da pregiudicare, se male impostate o mal risolute, il nodo della controversia di merito. L'art. 15, terzo comma, della legge ammette dunque appello trattandosi di giudizio della Giunta sulla esistenza o meno, rispondenza o meno allo scopo delle associazioni prima godenti delle servitù che si vanno ad af-

(1) Questa disposizione fu soppressa dal regio decreto 6 agosto 1901, n. 518: e per vero non sembra troppo logico che, mentre tutto concorre alla preferenza di una soluzione spedita da un canto e dall'altro a non turbare se non a ragion veduta le condizioni attuali dei possessi e dell'esercizio dei diritti d'uso, si venga a porre in essere una condizione provvisoria la quale può anche essere eliminata e distrutta da una posteriore decisione o sentenza definitiva della Corte d'appello.

Digitized by Google

francare: questo giudizio è delicatissimo e non è estraneo a considerazioni politiche; perciocchè il giudicare, non tanto se l'associazione esiste, quanto se l'associazione è buona ossia se risponde allo scopo pel quale essa fu istituita, rappresenta un apprezzamento che deve adattarsi e applicarsi alle condizioni dei tempi e dei luoghi e al sistema di governo e all'indirizzo complessivo della società secondo le istituzioni che tendono ad avere il sopravvento e la direzione della vita di un popolo o di una regione in un dato periodo storico. Talora quindi, secondo gli ideali di partito che prevalgono e che accennano ad una più o meno esuberante vitalità, conviene tenere conto della vita del paese e vedere se vi sono industrie che possano surrogare la pastorizia o la boschicoltura con vantaggio dell'economia pubblica, o se sia d'uopo invece proseguire per altro tempo ancora nello sfruttare questa piccola e modestissima risorsa. Le associazioni difatti possono non rispondere ai fini pei quali furono costituite, anche tenendo conto semplicemente della diversità dei tempi e delle esigenze nuove che i tempi nuovi sostituiscono a quelle dei tempi andati. Non solo è d'uopo tenere presente questo: ma conviene anche vedere se, data l'indole e l'attualità dei tempi, le associazioni che si trovano costituite possono o no rispondere alla finalità dell'esercizio della servitù: se sono associazioni dotate di vitalità attuale od invece associazioni arcaiche che abbiano fatto il loro tempo e non si adattino più oggi allo scopo pel quale furono costituite. Questo è un giudizio di estrema delicatezza e richiede una mente spassionata, ma nel tempo stesso non emancipata da considerazioni di attualità e di convenienza presente: poichè il giudizio medesimo, se prescindesse dalle condizioni attuali della società e di una data società, riuscirebbe imperfetto e quasi senza cognizione di causa, come d'altra parte, se si lasciasse prender la mano da considerazioni politiche, diverrebbe facile strumento di partito. Si ritiene strano che la Giunta sia chiamata a giudicare se le associazioni esistano o no, in via di fatto; poichè associazioni che non esistessero non potrebbero esercitare nè la servitù nè altro diritto qualsiasi. E certamente l'espressione della legge è stata infelice quanto mai. Vi sono delle associazioni che per un certo tempo vivono di vita propria, ma ad un dato momento

Digitized by Google

si estinguono quasi per inanizione o per naturale esaurimento. Queste associazioni cominciano col diminuire gradatamente i segni di loro esistenza e finiscono addirittura col non farsi più vive; ma ad un certo istante può far comodo ad esse di rinascere e di farsi riconoscere dal potere politico o dal potere giudiziario come viventi, allo scopo di usufruire di qualche beneficio o di qualche agevolazione, afferrandosi a nuove disposizioni di legge o a provvedimenti di liquidazione o transitori. Ottenuto il beneficio e magari ripartitolo tra i pretesi consoci, l'associazione rientra nell'abituale inerzia e ritorna al suo vero stato di dissoluzione.

Ora è questo equivoco tra la vita e la vitalità, questa zona neutra tra l'esistenza apparente e l'esistenza reale, che ha preoccupato il legislatore il quale non vuole creare dei benefizi e riconoscere dei diritti se non in associazioni realmente fattive e produttive di attività sociale feconda. L'espressione ha certamente tradito il pensiero del legislatore, e questi si è trovato come in una via priva di uscita volendo parlare di manifestazioni associazionali o sociali e ad un tempo volendo dire qualche cosa di meno consistente ancora e di più grave in confronto di una semplice non rispondenza allo scopo. Nell'ipotesi pertanto che l'associazione non esista, ossia non dia segno alcuno di funzionare nell'interesse dei consociati (oppure non risponda ai fini pei quali fu costituita), la Giunta fa constatazione di un tale stato negativo; e ne fa constatazione sia pure con una pronunzia dichiarativa, ma giudicando ossia decidendo in contraddittorio. Dopo la decisione segue una fase completamente amministrativa della vertenza: la Giunta sente il Consiglio comunale e in seguito, se non in base, ad un tal parere propone al Ministro di agricoltura, industria e commercio che si determini *come e da chi i beni e i capitali debbano essere impiegati pel maggior vantaggio delle classi meno abbienti del Comune o della frazione.* Ora non è ammesso l'appello contro la determinazione del Ministero di agricoltura; perchè questa determinazione si considera come un puro atto amministrativo, conseguenziale bensì alla proposta della Giunta e alla pronuncia della Giunta stessa che una data associazione più non esista o più non risponda ai suoi fini, ma non sottoponibile a ricorso in sede

Digitized by Google

giudiziaria, poichè un tale ricorso ne snaturerebbe l'indole. Ora si domanda se la pronuncia della Giunta sia sottoposta ad appello, quando essa assegni delle indennità ad associazioni o a Comuni, oppure soltanto quando lasci tali indennità in balìa del volere ministeriale, e cioè a questo volere rimetta l'impiego dei beni e capitali *nel maggior vantaggio delle classi meno abbienti del Comune o della frazione.* Ma la questione ci sembra improponibile: è dato appello *contro il giudizio della Giunta di arbitri.* E quale è il giudizio della Giunta d'arbitri, di cui si tratta? Lo dice lo stesso 3° comma dell'art. 15 della legge: è il giudizio che dichiara o pronuncia o determina non più esistere o non più rispondere ai fini di loro costituzione le associazioni che prima godevano delle servitù affrancate. Questo e non altro è il giudizio della Giunta d'arbitri; poi viene la proposta al Ministero, ma questa proposta è per l'appunto tutt'altra cosa da quel giudizio. Però s'intende che, quantunque non si ricorra in appello nè contro la proposta della Giunta nè contro il provvedimento ministeriale, ma soltanto contro il giudizio della Giunta, una sentenza o decisione di Giunta, che pronunciasse la cessazione o la non rispondenza al fine di un'associazione prima godente di una servitù affrancata, non potrebbe essere annullata o revocata o cassata o resa inefficace in qualsiasi sede o grado di giudizio, senza perciò implicitamente infirmarsi anche la proposta della Giunta al Ministero e la determinazione del Ministero stesso. È dunque perfettamente indifferente, di fronte all'appellabilità o meno della decisione della Giunta, che questa abbia dato seguito al procedimento di liquidazione provocando la determinazione ministeriale, e che il Ministero in seguito abbia o non abbia provveduto; l'appello è contro quella decisione o sentenza o contro quel giudizio (come dir si voglia), e segue il suo corso indipendentemente dalla pratica amministrativa interceduta, o che sta intercedendo, o che sarebbe potuta o potrebbe intercedere tra Giunta e Ministero medesimo. Questa pratica è di natura diversa dal giudizio e si tiene in un campo puramente burocratico, come ultima fase della vertenza e senza dubbio con un procedimento al quale non è estranea la funzione d'imperio attribuita allo Stato ed ai suoi organi nell'interesse pubblico: contro il provvedimento

Digitized by Google

ministeriale non può essere accordato richiamo alla Corte d'appello, ma soltanto al tribunale amministrativo competente, e cioè alla quarta Sezione del Consiglio di Stato, quante volte se ne possa eccitare la giurisdizione in presenza degli estremi richiesti. Non si tratta dunque nè d'interpretazione ristrettiva nè d'interpretazione estensiva: si tratta di considerare le due fasi, giurisdizionale e amministrativa, dell'azione della Giunta come distinte tra di loro e di natura diversa, quali effettivamente esse sono, e di sottoporre ciascuna di queste fasi alla procedura comportabile colla sua natura ed indole: alla fase giurisdizionale si risponde col gravame alla Corte d'appello; alla successiva fase amministrativa, separatamente considerata, col ricorso alla Sezione contenziosa del Consiglio di Stato (qualora ne sia il caso). Questi sono ricorsi, dei quali ciascuno sta da sè e indipendenti l'uno dall'altro: il primo riguarda la questione della esistenza o meno, della rispondenza o meno allo scopo, delle associazioni prima in godimento delle servitù affrancate; il secondo riguarda l'erogazione od impiego dei beni o capitali derivanti dall'affrancazione. Che il secondo provvedimento sia connesso al primo e sia la conseguenza del primo, non importa.

La distinzione sta e non se ne può prescindere, perchè risponde alla realtà effettiva e allo scopo stesso della distinzione delle fasi del provvedimento: che si parli di decisione o di sentenza o di giudizio, poco importa; l'essenziale è che una fase dell'azione della Giunta è prettamente giudiziale e l'altra fase è amministrativa o rientra nella struttura del congegno burocratico. L'uno è atto di giustizia, l'altro è atto di politica; l'uno è sottoposto alle norme del procedimento giudiziario, l'altro corre per la via amministrativa. Si può combattere il provvedimento amministrativo e ritenere valido e regolare il provvedimento giudiziario: però si può combattere il provvedimento giudiziario e con questo infirmare anche la fase amministrativa, che a quel procedimento fa seguito. Si può fare l'una o l'altra cosa o si possono fare entrambe queste cose ad un tempo, e cioè senza pregiudizio l'una dell'altra, purchè una pronunzia della Corte d'appello non abbia per la prima riconosciuto l'esistenza e la rispondenza al fine dell'associazione già costituita; nel qual caso è a quella as-

Digitized by Google

sociazione che spetta il provento dell'affrancazione e non si può nè si deve assegnare o prescrivere altro impiego, neppure a benefizio delle classi meno abbienti. Il provvedimento politico in tale ipotesi resta quasi troncato nelle sue radici; un diritto vi è, legalmente acquistato e legalmente conservato, e conviene rispettarlo senza lesioni e senza ingerenze autoritarie, le quali in fondo non verrebbero che a guastare la ragione del diritto e la liquidazione del diritto stesso: è già abbastanza che nell'interesse sociale siasi voluta imporre la abolizione forzata di queste servitù, perchè si voglia in forza della stessa ragion d'impero disporre anche delle indennità dei beni e capitali provenienti da quella affrancazione forzata. Il Ministero dunque si limita alla parte che riguarda la convenienza politica e nel decidere non si preoccupa degli interessi dei privati singoli, ma soltanto ha di mira i grandi interessi delle collettività, nelle loro esigenze coordinate col pubblico interesse; lasciando in balìa dell'Autorità giudiziaria, a ciò unica competente, il determinare le spettanze di mio e tuo, le relazioni in una parola che intercedono tra privati, per quanto costituisce il loro diritto. Così, se la Giunta riconosce l'associazione più non esistente o non rispondente al fine della sua costituzione, non può il Ministero ritenerla esistente o rispondente al proprio fine, e quindi assegnare ad essa il provento dell'affrancazione: e viceversa qualora la Giunta stessa non abbia creduto di dovere emettere una tale dichiarazione in questo senso, ma invece ritenga l'associazione stessa viva e vitale, non può il Ministro ritenerla estinta o non dotata di vitalità e perciò assegnare beni e capitali ad altro scopo, sia pure per maggior vantaggio delle classi meno abbienti. Ciò sarebbe addirittura esorbitante dalla sua competenza e costituirebbe eccesso di potere o violazione di legge: ed in tale ipotesi non resterebbe che applicare le regole generali relative al ricorso contro il provvedimento ministeriale definitivo.

Per effetto di un tale ricorso la vertenza tornerebbe pertanto ad essere sottoposta alla Giunta per la parte di sua competenza; e la Giunta potrebbe sempre insistere nella sua precedente decisione, qualora a questo riguardo una decisione di primo grado essa avesse emanato. Ed il Ministero, insistendo

Digitized by Google

nell'emettere un provvedimento per proprio conto su questo riguardo, non solo invaderebbe la competenza della Giunta, ma tenderebbe altresì a violare la facoltà delle parti di esperire il giudizio di appello dinanzi alla Corte di merito ed a sopprimere per tal guisa un grado di giurisdizione. Resta però inteso che la Corte d'appello non può, in occasione o per connessione coll'appello dinanzi ad essa prodotto riguardo all'esistenza e rispondenza allo scopo di un'associazione la quale affacci pretese per appropriarsi il provento dell'affrancazione dei fondi dalle servitù od usi di cui si tratta, ammettere una tale inesistenza o non rispondenza allo scopo, ma nel tempo stesso ingerirsi circa l'erogazione fatta intanto dal Ministero dei proventi stessi a beneficio delle classi sociali meno abbienti. Che se il Ministero non ha voluto attendere l'esito dell'appello contro la decisione suddetta della Giunta, evidentemente la sua pronuncia resta sempre condizionata alla regiudicata di merito: perchè, quando si dice che l'appello è sospensivo, s'intende dire che esso è sospensivo di tutti gli effetti e per tutte le conseguenze che risultano o possono risultare da una pronuncia definitiva in un senso più che nell'altro.

Oggi che non vi è più la possibilità di un'esecuzione provvisoria neppure a istanza di parte (come aveva disposto il Senato di fronte alla proposta della Camera elettiva che designava l'appello quale sospensivo in ogni caso), s'intende ritenere che non v'abbia ingerenza nè amministrativa nè privata la quale possa ritardare e comunque infirmare il pronto corso di una sentenza di merito non solo, ma che neppure l'operato della Giunta, in sede di pronuncia giudiziaria, possa pregiudicare o danneggiare l'esecuzione e gli effetti di una futura eventuale sentenza della Corte sullo stesso argomento, sul quale la Giunta medesima ebbe a pronunciarsi. Si prescrive pure nell'art. 10 della legge, che l'appello debba essere interposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione giudiziale della decisione della Giunta arbitrale: e a questo riguardo, per sollecitare l'esecuzione della legge, il Senato ridusse a trenta il termine di sessanta giorni fissato dalla Camera elettiva come utile per la presentazione dell'appello. Cumulando del resto le disposizioni dell'art. 10 e dell'art. 15 della legge, facilmente si scorge che l'appello è ammesso

Digitized by Google

nei casi seguenti: *a*) se insorga questione sull'esistenza della servitù; — *b*) o sui limiti di essa; — *c*) o sulla sua natura; — *d*) o sulla esistenza delle associazioni prima godenti delle servitù affrancate; — *e*) o sulla loro rispondenza ai fini per i quali furono costituite.

Questi casi sono indicati separatamente, ma in pratica possono anche verificarsi aggruppati, in ispecie i tre primi tra loro e i due ultimi pure tra loro. Insomma il legislatore, se non una espressione chiara, ha avuto un'intenzione ben determinata di affidare alla risoluzione dell'Autorità giudiziaria ordinaria quei punti di controversia che implicassero anzitutto una contestazione diretta tra le parti in base al loro interesse patrimoniale e che formassero la base e il sostrato logico dei provvedimenti d'ordine politico od amministrativo rilasciati alla competenza del potere politico e inspirati a criteri di convenienza pratica. La distinzione è tracciata nel testo della legge e non si può in alcun modo fraintenderla o farne oggetto di equivoci o di cavillazioni: il concetto apparisce un po' disordinato, ma vi è e non si può sconfessare nè alterare.

74. L'art. 9 della legge in esame dispone che contro la deliberazione della Giunta, in merito alla necessità o meno per una popolazione di continuare nell'uso della servitù e alla conseguente ammissione degli utenti ad affrancare tutto il fondo gravato o parte di esso, è ammesso il ricorso al Ministero di agricoltura, industria e commercio, il quale provvede definitivamente udito il parere del Consiglio di Stato. L'art. 15 del regolamento spiega che il ricorso è dato al proprietario (e questo è naturale) e aggiunge il termine di 30 giorni dalla notificazione della decisione della Giunta, come utile per il ricorso da questa decisione stessa al Ministero: durante il quale termine e in pendenza dell'esito del ricorso al Ministero l'esecuzione della decisione della Giunta arbitrale rimane sospesa. Il provvedimento ministeriale poi, quale che esso sia, è notificato per mezzo del prefetto alla Giunta arbitrale e agli interessati. Ora, anzitutto stabilire in un regolamento termini ed effetti sospensivi che non sono nella legge ci sembra cosa abbastanza grave e poco corretta; specialmente se il termine si vuole intendere quale sacramentale e

Digitized by Google

perentorio, come sono tutti i termini degli appelli o ricorsi in generale. Noi dobbiamo ritenere che, trascorso il termine di 30 giorni senza ricorso, la decisione della Giunta divenga irrevocabile: e questo è troppo per effetto delle disposizioni di un semplice regolamento, come è troppo la decretata sospensione dell'esecuzione della Giunta in pendenza del ricorso stesso. La legge non dispose, ma il regolamento volle disporre di rapporti importantissimi e capitali che intaccano i diritti delle parti e le modalità essenziali del loro esercizio; rapporti che possono variamente risolversi a seconda di talune circostanze di fatto dipendenti dalla volontà o diligenza delle parti medesime. Quanto alla competenza ministeriale stabilita dalla legge, implicitamente in spreto di quella giudiziaria della Corte d'appello, è da notare che essa si deve all'azione del Senato: poichè la Camera elettiva e il Ministero stesso non erano andati più il là dell'art. 15, ossia della competenza ministeriale attribuita dalla legge per l'erogazione o impiego dei beni, capitali o prodotti dell'affrancazione, riducendo in tal caso la Giunta a semplice corpo consulente e spogliandola di ogni e qualsiasi parvenza di corpo dotato di attribuzioni giudiziarie. Insomma la legge sembra non abbia adottato criteri ben decisi e netti sulla materia: la Giunta non è in tutto corpo giudiziario o giurisdizionale e tiene alquanto del collegio amministrativo, mentre il Ministero ha una specie di giurisdizione per taluni riguardi e per quello massimo che concerne l'attribuzione (in taluni casi) dei proventi dell'affrancazione. Si domanda in omaggio a quali principii il legislatore abbia sottratto all'ordinaria magistratura della Corte d'appello la revisione del giudizio della Giunta d'arbitri circa l'ammissione degli utenti all'affrancazione di tutto o di parte del fondo gravato (nel caso che la Giunta stessa riconosca indispensabile per la popolazione di un Comune o di parte di esso o per un'università o associazione di cittadini che si continui nell'esercizio dell'uso e la estensione del terreno da cedersi in corrispettivo dell'affrancazione stessa sia giudicata insufficiente alla popolazione o a parte di essa o all'università od associazione di cittadini): mentre la Corte d'appello è l'Autorità designata dalla legge costituzionale all'ordinaria amministrazione della giustizia e all'applicazione

Digitized by Google

delle disposizioni legislative. In base a quali principii alla magistratura ordinaria sia stato sostituito il potere esecutivo, simulando un procedimento amministrativo che si dice incongruo e inadatto per una materia che appartiene esclusivamente al potere civile: e ciò in ispreto ai principii elementari vigenti nel nostro diritto pubblico. Questo si dice, ma sembra che ci dobbiamo guardare dal rincarar troppo la dose.

Certamente, se si trattasse di una pura questione di diritto civile, il ragionamento correrebbe in tutta la sua severità: ma per vero non può sconoscersi che nel tema che forma oggetto della deliberazione o decisione della Giunta prevalga l'aspetto di diritto pubblico: poichè si tratta di risolvere se per una popolazione determinata sia o no necessario che si continui nell'uso e qual territorio le occorra nel caso di necessità che essa continui nell'uso medesimo. Non sono al certo considerazioni di diritto privato quelle che possono formare la base direttiva di una tale inchiesta o pronunzia che dir si voglia: la direttiva sarà data da criteri di convenienza che si traducono in criteri di necessità relativa alla data popolazione di cui trattasi. Si deve dire: è o non è indispensabile per il Comune *X* o per la frazione *Y* o per l'università od associazione *Z* che si continui nell'esercizio dell'uso in questa o quella misura; e questo non sarà forse un giudizio di convenienza politica? Il giudizio su di un diritto o sull'applicazione di una legge patrimoniale sarebbe: questo è di Tizio, quest'altro è di Caio, il resto è di Sempronio; la tal servitù deve giuridicamente limitare la tal proprietà, oppure la tal proprietà deve ritenersi limitata dal tale diritto di pascolo o di legnatico. Ma qui non è questione sull'esistenza del diritto, come è previsto dall'art. 10 della legge del 1888 e dall'art. 11 del testo unico relativo; bensì sulla *continuazione dell'esercizio dell'uso*, ossia sull'*esercizio* di un diritto che si presuppone già riconosciuto come esistente: e questo esercizio si considera in rapporto ai bisogni della popolazione o dell'associazione, e cioè rendendo inevitabile la ricerca di questi bisogni, di queste esigenze pratiche. Conviene dunque cominciare anzitutto col vedere quali siano i bisogni della popolazione o dell'associazione in rapporto alla pastorizia, alla boschicoltura, ecc.: e poi conviene proporzio-

Digitized by Google

nare i mezzi al fine della soddisfazione di siffatti bisogni. Dunque vi è tutto un problema economico da risolvere; e, più anche di un problema economico, un problema misto e d'indole sociale e politica a un tempo: che però ad ogni modo esorbita dal campo strettamente giuridico e non è più questione di semplice e facile applicazione di un testo positivo di legge. Lo Stato, per la medesima ragione per la quale può dare e togliere personalità giuridica ad enti collettivi o caratterizzati dal loro scopo, può anche ritenere che un'associazione più non risponda ai fini di sua istituzione, a quei fini stessi che ne consigliavano il riconoscimento: e può entrare in quest'ordine d'idee solo facendo delle considerazioni politiche, delle considerazioni attinenti all'arte di governo e subordinate a circostanze del momento o dell'epoca. Ed è perfettamente fuori di luogo tentare di mascherare l'indole politica di tali giudizi o provvedimenti, sol perchè si tratta di istituire dei giudizi circa la necessità o il fatto dell'essere l'esercizio di una data servitù indispensabile per una popolazione o per un paese: in tema di vita sociale la necessità è tanto elastica quanto sono complessi i fatti sociali ai quali è applicata o riferita, ed essa stessa assume un carattere di relatività, che le comunica un significato pratico ben diverso da quello che ha la necessità nel campo giuridico o nel puro campo morale. L'interesse di partito può illuminare come può inquinare gli atti della vita pubblica: tutto dipende dall'educazione dei cittadini, le cui divisioni sono feconde di attività produttiva, qualora si arrestino sul limitare del pubblico interesse, e la cui vita uniforme e senza dibattiti sarebbe indizio di marasma e d'immobilità civile. Ma uno spirito di modernità aleggia su tutti i partiti e questo spirito fa sì che sopra l'opportunità di certi mezzi e di certi fini sia possibile stabilire un accordo, un terreno d'intesa tra vari parti cittadine e politiche; si dice che una data associazione più non risponde al suo scopo, e lo si dice in altre occasioni (p. e. per le opere di pubblica beneficenza) dagli organi locali del Governo centrale, ed in ciò le prefetture compiono un atto politico ed emettono un apprezzamento politico, susseguito dall'atto relativo. Il giudice non sarebbe atto ad emanare giudizi di questa specie, non essendo la sua azione

Digitized by Google

estrinsecata coi mezzi di un'azione attiva e d'una iniziativa immanente: egli si troverebbe in ciò quasi sbalestrato fuori del suo ambiente, e perderebbe le sue abitudini di calma riposata e di attesa paziente per avviarsi ad una decisione *secundum acta et probata*. D'altra parte, oggimai siamo abituati a non farci più soverchie illusioni sulla cosiddetta serenità del giudice togato e a non ritenerlo di fronte all'amministratore e all'uomo di governo come monopolizzatore di onestà e come fornito della privativa d'imparzialità; sappiamo ormai che non vi è alcuna garanzia speciale per gli uomini onesti, la quale non parta dalla loro coscienza, come pure che non vi è remora alla corruzione nella nobiltà delle funzioni e del ministero che si esercita. Le diffidenze si possono egualmente acuire verso una Corte giudiziaria ordinaria come verso una prefettura od un Ministero: anzi il Ministero di agricoltura, situato alla capitale dello Stato, può persino delle ingerenze locali risentire meno che risenta un corpo locale, sia pure giudiziario. Mentre d'altro canto, per l'indole delle sue abituali occupazioni, sembra meglio competente e più adatto a risolvere quesiti di convenienza, di necessità, di utilità pubblica; come accade nel procedimento per l'espropriazione, in cui la dichiarazione di pubblica utilità è emessa dal prefetto, e cioè dall'Autorità politica.

Nessuno vorrà certo proporre come conveniente ed utile l'ingerenza dell'Autorità giudiziaria nella dichiarazione di pubblica utilità e come pericolosa in sè stessa la competenza del prefetto: inconvenienti vi sono o vi possono essere tanto in un senso quanto in altro senso, ma intanto è logico che a ciascuna Autorità si attribuisca la competenza di funzioni più adatte alla sua speciale indole e alle sue attitudini e che l'Autorità giudiziaria non s'immischi in materia di naturale competenza del potere politico. Non si può con un colpo di testa abolire inesorabilmente l'esercizio di questi diritti o servitù civiche, sol perchè contrario all'indole dei tempi e al nuovo sviluppo dell'economia e ricchezza pubblica che tende all'industria manifatturiera e sembra avviata a lasciare in seconda linea l'utilizzazione delle terre; questo potrà essere anche vero come constatazione di un fatto, di una tendenza, di un processo storico, ma non può risultare da un atto di

Digitized by Google

costringimento dello Stato, da un'imposizione violenta, mentre non è che il risultato della vita spontanea di una popolazione e il prodotto storico di un'epoca e di una civiltà. Del resto, lo abbiamo detto molte altre volte: vi sono dei terreni montuosi, i quali non ammettono migliore utilizzazione della pastorizia, e d'altra parte anche la pastorizia può trasformarsi applicando a sè parecchi rami d'industria e assimilandosi modi diversi di trasformazione dei prodotti: queste tendenze sono naturali, e, finchè tali, non possono che secondarsi e favorirsi e garantirsi nei loro effetti, non imporsi per virtù di leggi o di regolamenti, nè in forza di atti del potere esecutivo. Ma l'Autorità giudiziaria non è forse valida a constatare dei fatti? Certamente, quando si tratta di fatti semplici che possono essere sottoposti al regime ordinario delle prove, non quando si tratta di fatti che non si possono accertare se non a mezzo d'inchieste sotto una direttiva che sia il prodotto di un'azione e di una iniziativa diretta dei poteri pubblici. Mancherebbero all'Autorità giudiziaria, oltrecchè i mezzi, i criterii derivanti dalle abitudini della vita pubblica e dall'istinto quasi di esaminare continuamente i fatti più complicati della vita sociale, sotto il loro punto di vista politico ed amministrativo e per i loro effetti in tutta quanta la vita pubblica del paese: mancherebbe la sicurezza propria degli organi competenti che si sentono tali ed affrontano con fiducia il giudizio della pubblica opinione; mancherebbe il controllo parlamentare così radicato nei nostri costumi e tanto inseparabile dalla responsabilità dei governanti; le questioni più gravi della vita economica si ridurrebbero ad una troppo semplice ed esclusiva contestazione di mio e di tuo, oppure si finirebbe col peggiore inconveniente dei magistrati politicanti od amministrativi o dilettanti economisti. Lo spettacolo non potrebbe essere certamente edificante nè produttivo di quegli effetti che noi siamo soliti a riprometterci dalla funzione di Stato attribuita alla magistratura giudicatrice, la quale verrebbe così, grazie alla legge stessa, ad usurpare attribuzioni sugli altri poteri dello Stato più adatti all'esaurimento di un còmpito determinato. Invece si dà il giudizio di opportunità a chi sta sempre a contatto coll'opportunità e giudica in base a criteri di opportunismo e si sforza di conciliare il meglio

Digitized by Google

possibile l'astratto col concreto, la teoria colla pratica, le esigenze di periodi storici piuttosto ampi colle esigenze del momento, quelle di una regione con quelle di una data zona che in questa regione si comprende. Gli uomini di governo sono abituati e debbono abituarsi a conoscere molto bene e molto davvicino le popolazioni colle quali si trovano a contatto e sulle quali debbono esplicare la loro azione: e, se tutte le volte che si hanno da attuare delle leggi si preferisse invocare l'intervento della magistratura, l'azione del potere esecutivo verrebbe a ridursi alle mansioni dell'usciere e del carabiniere.

Il magistrato, per la natura delle sue attribuzioni e nel campo di queste, non è tratto a vivere la vita del popolo, a informarsi dei suoi bisogni, a fare istruttoria dei suoi affari in modo rispondente ai criteri dell'attualità politica presente. Il magistrato giudicante non corrisponde coi municipi, nè colle sottoprefetture, nè colle prefetture: egli riceve i documenti ed ogni altra specie di prove dalle parti in contestazione e risolve secondo gli atti a lui sottoposti; l'uomo di governo ha molta dose di discrezione in suo potere e può aggirarsi in un campo molto più vasto. I mezzi del governante sono molteplici e potentissimi; egli, pure applicando la legge, si muove, si aggira in un campo non perfettamente circoscritto e di cui sovente egli stesso segna a sè i limiti: pericolosa si dice quest'ampiezza di azione, ma pur necessaria, perchè senza di essa il legislatore si assumerebbe un còmpito ben difficile e senza possibilità d'integrazione da parte dell'esecutore, il quale pur tuttavia è chiamato a concorrere verso una stessa finalità di benessere sociale e di sistemazione dei rapporti della vita collettiva. I cittadini non sono a contatto colla legge, direttamente, ma coll'esecuzione della legge; e però ad essi deve interessare sommamente che l'esecutore sia l'organo governativo o l'organo giudiziario, a seconda della diversità delle loro attitudini e competenze in rapporto colla specie della disposizione legislativa che si tratta di attuare. Così, poichè nel caso nostro si tratta di riconoscere se sia o no indispensabile per una data popolazione il continuare nell'esercizio dell'uso e in qual misura, e se l'estensione del terreno da cedersi in corrispettivo della liberazione

Digitized by Google

della proprietà vincolata all'uso sia o no sufficiente ai bisogni di quella popolazione medesima, è evidente che il giudizio da emettersi è una funzione dell'attività politica; perchè il giudice togato non può conoscere i bisogni economici e patrimoniali delle popolazioni, dato pure che avesse attitudine per ciò fare. Il pericolo che questa attribuzione del potere politico si risolva in un mezzo elettorale o di favoritismo partigiano vi è senza dubbio: ma ad ogni modo, prima di arrivare al Ministero di agricoltura, si comincia dalla Giunta arbitrale e questa è presieduta non dal prefetto nè dal sottoprefetto nè da un consigliere di prefettura, ma da un giudice del tribunale circondariale, lasciando così sussistere il presupposto che pure una certa dose di criteri ritenuti nel cosiddetto monopolio del magistrato togato possa avere la prevalenza nel caso nostro, allorchè si tratti d'impostare la pratica, per quanto a base amministrativa. Il timore sta nella risoluzione definitiva in sede di ricorso o di appello che dire si voglia; e questo timore in gran parte è eliminato dalla considerazione che, allorquando una data vertenza, sia essa amministrativa o giudiziaria, è stata bene istruita in primo grado, molto più difficilmente viene a claudicare in seconde cure, di quanto accadrebbe se fin dapprincipio viete ingerenze l'avessero fatta deviare. Anzi il Ministero può ordinare quei supplementi d'istruttoria che molto più a disagio potrebbero essere affidati alla Corte d'appello o da questa espletati d'iniziativa propria od anche sull'istanza delle parti interessate: perlocchè molto a proposito si preferisce la competenza prettamente amministrativa in seconde cure, dopo una competenza mista in primo grado.

Se si fosse avvisato a costituire anche in ultimo grado una specie di Giunta centrale presso il Ministero, composta sostituendo ad un giudice di tribunale un consigliere di cassazione, e di due arbitri scelti l'uno dalla Corte di cassazione romana e l'altro dal Ministro di agricoltura, si sarebbe avuto nuovamente un collegio misto, il quale, come la Giunta circondariale può servirsi per l'istruttoria degli uffici di prefettura e di sottoprefettura, così avrebbe potuto agire per tramite degli uffizi del Ministero stesso procedendo ad una nuova istruttoria o ad un complemento della istruttoria svol-

Digitized by Google

tasi in prime cure. Se ci fosse, una tale Giunta superiore potrebbe informarsi anche dei bisogni della popolazione e risolvere a ragion veduta la questione politica: ma pare che questo sistema non sia neppure caduto in discussione nei lavori legislativi, tanto preparatori quanto definitivi, e che invece siasi preferito di avere un provvedimento definitivo d'indole completamente amministrativa. E si è voluto un provvedimento definitivo, non interlocutorio, nè preparatorio, nè di rinvio alla Giunta che risolse in prime cure la controversia della servitù o dell'uso: e questo quasi per accentuare il carattere di sistemazione finale o di liquidazione irrevocabile nello scopo della legge abolitiva, e per evitare che con vane dilazioni si venisse a frustrare lo scopo della legge medesima. Questo stesso programma di una determinazione o deliberazione definitiva, e la implicita esclusione di un rinvio alla Giunta come a sede di merito, richiede che il Ministero stesso si pronunzi anche in merito e presuppone che per giungervi esso rifaccia altresì o completi l'istruttoria già fatta e non si limiti soltanto a prendere in esame la pratica così come fu formata e costituita in prime cure e che formò la base di diritto e di fatto per la deliberazione della Giunta. La questione può dunque esser rifatta tutta per intiero e di bel nuovo innanzi al Ministero, come se la Giunta avesse giudicato su basi completamente erronee o fallaci e non avesse trovato il punto giusto o la misura esatta per decidere adeguatamente.

Quanto alla procedura, si è detto che, per il regolamento, è stabilito un termine di trenta giorni dalla notificazione della decisione della Giunta arbitrale come utile per il ricorso al Ministero (ricorso sospensivo di esecuzione per la decisione stessa della Giunta arbitrale): e all'art. 16 del testo unico, ricalcato sull'art. 2 della legge del 1891, si ripete la disposizione relativa al caso di conflitto tra Comune e utenti; la Giunta arbitrale rimanendo incaricata di trasmettere gli atti alla Giunta provinciale amministrativa per la nomina di una Commissione di tre o cinque utenti per integrare nel giudizio arbitrale una rappresentanza contrapposta alla comunale. Ma non si prevede che il conflitto sorga o si appalesi nella sede di ricorso dinanzi al Ministero, nè si dice come in tal caso si

Digitized by Google

dovrebbe provvedere. Ma poi si è fatto un regolamento apposito, quello approvato con regio decreto 6 agosto 1891, n. 518, per disciplinare, sopprimendo l'art. 15 del regolamento del 29 agosto 1889, l'esecuzione dell'art. 9 del testo unico, corrispondente all'art. 9 della legge del 1889. Vi è un deposito da farsi presso il Ministero: ed è il deposito del ricorso notificato alla controparte e ad un tempo degli atti del giudizio e della sentenza arbitrale. Questo deposito deve farsi non più tardi di cinque giorni dall'avvenuta notifica del ricorso stesso ed apre un altro termine di trenta giorni per la presentazione eventuale di un controricorso della controparte, susseguito da corrispondente deposito nel solito termine dei cinque giorni. Il ricorso dev'essere circostanziato, motivato e concludente; può essere sottoscritto da un avvocato in forza di procura speciale. Indi viene la istruttoria in contenzioso, alla quale cioè provvedono le parti stesse: il Ministero può ordinare alle parti la produzione di taluni documenti entro determinato tempo, e può anche richiedere nuove verificazioni prefiggendo termini al deposito delle relazioni relative.

Veramente non si dice che il Ministero istruisce direttamente in questo senso, con documenti cioè e verificazioni, ma si dice che ordina l'istruttoria con tali mezzi o prefiggendone i mezzi a scelta tra queste due categorie, di verificazioni e di documentazioni: le parti provvedono a fornire i documenti richiesti o a far procedere alle verificazioni di cui si tratta, allo scopo di completare i dati d'istruttoria della causa. Ma due cose sono a notarsi: prima che non è escluso che il Ministero per conto suo proprio possa anche fare indagini autonome e d'ufficio allo scopo di ricercare il vero stato delle servitù od usi civici; seconda che anche questo sistematico ordinare alle parti complementi d'istruttoria non equivale perfettamente al giudicare *secundum acta et probata*, e cioè secondando del tutto passivamente l'iniziativa delle parti. Nei giudizi ordinari il giudice non ha mansioni d'istruttore, nè, senza richiesta di parte, si dà premura di additare qual sia la via da seguire per completare da entrambe le parti, nel rispettivo interesse, l'istruttoria della controversia: ciò sarebbe un fuor d'opera per lui e costituirebbe un eccesso di attribuzioni, un'invasione biasimevole nel campo delle attività pri-

Digitized by Google

vate delle parti. Lo abbiamo detto: è il colorito accentuatissimo di pubblico interesse quello che stimola il legislatore ad acuire la diligenza del giudice e a sostituirne l'azione a quella malsicura delle parti stesse; la qual cosa è possibile allorchè giudice non è il magistrato ordinario, ma il Ministero, e cioè un organo abituato alla corrispondenza colle Autorità provinciali e alla istruttoria degli affari amministrativi più intricati.

In tal caso avviene come in tutti gli altri casi di pratiche a tipo amministrativo o di amministrazione pubblica: vi possono essere quante parti interessate si vuole, più o meno direttamente; il sostrato, il fondo è sempre d'interesse pubblico e predomina sempre la funzione attiva di chi ha e sente di avere una finalità politica da raggiungere, e a questa finalità coordina e subordina ogni altro scopo, quelli compresi che possono avere parti interessate nella risoluzione della vertenza stessa amministrativa. Questi interessi di parte, per quanto obbiettivamente costituiscano il contenuto della contestazione dinanzi al Ministero come già dinanzi alla Giunta, tuttavia restano quasi assorbiti nel generale sostrato dell'interesse pubblico, o quasi si potrebbero dire adattati alla veste di un pubblico interesse che deve scaturire dalla sistemazione cosciente ed equa dei vari interessi privati. Di fronte a questi ultimi dunque, più che un diritto rigido e ferreo, si viene a delineare pian piano una ragione di equità: lo *ius proprietatis* si adatta, si piega, si modifica sotto l'impero di alte necessità e di vedute economiche le quali fanno capo alla collettività e non esagerano i diritti degli individui, anzi tendono a ridurne l'importanza al minimo possibile per un diritto dotato di forza di esclusività. Il diritto del proprietario è un diritto che non si concepisce bene se non come diritto esclusivo: ma qui come sempre in questa materia si domanda a chi appartenga la proprietà; se agli utenti o a quello che si dice il proprietario della terra sottoposta agli usi.

Ma è inutile e pericoloso sempre lo aggirarsi in simili ricerche che sovente costituiscono un circolo senza uscita e che le più volte si presentano sotto la veste insidiosa della teoria o dell'erudizione storica fuor di luogo. Qui non si tratta di fare delle ricerche storiche, quanto piuttosto di provvedere alla sistemazione attuale di circostanze di fatto le quali si

Digitized by Google

veggono inadatte alle condizioni dei tempi, e perciò non si vogliono prolungare più oltre: un solo intento guida legislatore ed amministratore, quello di accomodare tutti gli interessi procacciando una soluzione che non urti alcuna parte e che ad un tempo conferisca all'interesse della pubblica economia con distribuire le varie specie di utilizzazione del territorio a seconda dei bisogni locali delle popolazioni rurali e urbane, contemperando possibilmente interessi concorrenti e contrapposti e sostituendo alla ragione rigida del diritto sulla cosa il diritto all'equivalente della cosa, al corrispettivo dell'affrancazione obbligatoriamente subita od anche obbligatoriamente imposta. L'equivalente a surrogato pecuniario, in quanto rimpiazza uno *ius in re* abolito o la stessa proprietà violata, è una violazione dello stretto diritto e rappresenta quasi l'uso di un potere discrezionale riservato alle funzioni dello Stato: ma in ciò sta tutto quanto il ministero della politica e del governo, e la difficoltà di coalizzare interessi disparati e discordanti nelle apparenze, o quanto meno di evitare che questi interessi cozzino per sentirsi insoddisfatti o inadeguatamente soddisfatti, o per vedersi posposti gli uni agli altri, o per trovarsi intralciato il rispettivo esercizio da intoppi attinenti alla pratica esecuzione od attuazione delle disposizioni di legge o di regolamento o dalle condizioni stesse dei fatti. La sola potenzialità di un conflitto tra due o più diritti sulla stessa cosa o su parte di essa rende indispensabile l'eliminazione o la riduzione parziale di uno di quei diritti in limiti più ristretti; e perchè l'altro diritto non abbia a perdere, possibilmente nè sotto il lato qualitativo nè sotto il lato quantitativo, si ricorre al ministero dei surrogati e al primo di tutti i surrogati, al denaro. Anzi la legge ha anche ammesso il terreno come corrispettivo dell'affrancazione, di per sè stesso: ma in pari condizioni di reciprocanza ha ammesso l'affrancazione, estendendola con impropria assimilazione dal proprietario all'utente non-proprietario; appunto per procedere ad una specie di nuova distribuzione di terre, salvo corrispettivo o compenso.

E di vero l'affrancazione, concepita e ammessa su di una così larga scala e con un'accezione tanto impropria, non suona più come un semplice istituto di diritto civile, ma diventa

Digitized by Google

addirittura un espediente di politica o di amministrazione: tutto si traduce pertanto in una nuova distribuzione, in un nuovo riparto di terre secondo i bisogni e le convenienze locali, secondo le necessità economiche delle popolazioni di una data zona di territorio, secondo le condizioni dell'economia rurale di un dato paese, secondo l'oscillante criterio delle opportunità di fatto e dell'epoca attuale. E dunque incongruo questo procedimento amministrativo, è simulato? Per nulla affatto: esso è quanto poteva concedersi al regolare sviluppo della controversia tra le parti, subordinandolo all'interesse pubblico della sistemazione dei possessi in rapporto all'economia pubblica. Se si fosse tutto rilasciato alla pronuncia amministrativa in forma puramente amministrativa, si sarebbe gridato alla lesione degli interessi delle parti, si sarebbe affermato (e non del tutto ingiustamente) mancare vere garanzie procedurali, forme di difesa e controdifesa, di prova e controprova, di deduzione e controdeduzione, di proposta e risposta, di deposito e controdeposito, di comunicazione e controcomunicazione di documenti: or tutto questo si ammette e si prescrive, ma tuttavia si dice trattarsi di procedimento incongruo, di procedimento simulato, di sopraffazione amministrativa, di usurpazione degli organi di governo sugli organi di giustizia giudicante.

Evidentemente, s'intende sostenere che l'Autorità giudiziaria potrebbe coi suoi mezzi e colle sue abitudini provvedere meglio alla soluzione di simili controversie, sotto il regime di una procedura ordinaria la quale non lasciasse margine a considerazioni di convenienza e di opportunità. Ma si comprende come in tal caso riescirebbe frustrato lo scopo fondamentale della legge, che è quello di dar luogo ad una sistemazione patrimoniale *reale* in base a concetti di opportunità e di convenienza, ossia a veri e propri concetti politici. Allora la legge si sarebbe dovuta fare con criteri diversi o concepire in modo differente: nessun concetto di equivalenti alla proprietà od ai diritti territoriali *in re*, a ciascuno il suo secondo il giudizio rigoroso di riconoscimento del diritto di proprietà e dei diritti minori sulle cose. Ma ognuno vede come a questa stregua gli usi civici o le servitù civiche, anzichè ad eliminarsi, sarebbero state condotte a consolidarsi e a per-

Digitized by Google

petuarsi, contrariamente allo scopo fondamentale della legge abolitiva e all'economia complessiva di questi nuovi provvedimenti i quali sembrano tutt'altro che conservativi, anzi piuttosto eversivi, di uno *statu quo ante* e di condizioni di fatto ereditate dalla storia del passato, non troppo concordante colle radiose speranze economiche per l'avvenire. La coerenza tra lo scopo e i mezzi richiede dunque la prevalenza del *criterio politico:* e questo conviene affermare risolutamente senza esitazioni nè restrizioni e salve le garanzie per cui si impediscono le esorbitanze del potere amministrativo. Di quì il richiesto parere del Consiglio di Stato (e qui notisi che nel testo dell'art. 15 del regolamento del 1889 la richiesta del parere non si riferisce già all'ordine di sospendere la esecuzione della deliberazione della Giunta in pendenza del ricorso al Ministero, perchè questa sospensione ha luogo di diritto) che l'art. 9 della legge del 1888 prescrive prima del provvedimento ministeriale definitivo, per aggiungere una garanzia maggiore per la tutela dagli eventuali arbitrii e l'infrenamento d'una troppo accentuata azione politica del Ministero stesso.

È libero al Ministero di uniformarsi o meno al parere del Consiglio di Stato, ma il Ministero stesso non può esimersi dal procurarsi un tal parere, perchè la legge glielo impone come remora agli arbitrii e agli abusi; perciocchè, anche dovendone dissentire, pur dovrà indicare e formolare o tenere *in pectore* la ragione del dissenso, nella probabilità magari di essere dalle circostanze stesse indotto a manifestarla per giustificazione propria. Del resto, molte precauzioni amministrative sono ordinate non già per la speranza di eliminare del tutto gli inconvenienti possibili, ma allo scopo di costituire una remora, una misura preventiva e imponente per evitare taluni inconvenienti che si possono supporre o intravvedere come possibili, quantunque in taluni casi essi non abbiano effettivamente a verificarsi; e questo è quanto le più volte noi ci ripromettiamo dalle istituzioni poste a contrappeso di altre istituzioni, anche se si tratti di contemperare istituzioni imponenti con istituzioni efficienti o viceversa. Ed è a notarsi che il provvedimento ministeriale è trasmesso alla Giunta arbitrale, territorialmente competente, per l'esecuzione: o, per

Digitized by Google

adoperare l'espressione del regolamento 6 agosto 1891, n. 518, relativamente all'esecuzione del provvedimento stesso, che le parti sono rinviate dinanzi alla Giunta di arbitri, la quale fa anche la tassazione delle spese del giudizio a carico della parte soccombente, e fa una tale tassazione per delegazione generale della legge e non per delegazione da emettersi volta per volta e per ogni controversia dal Ministero di agricoltura. Insomma, il provvedimento ministeriale è ristretto entro i limiti necessari a sciogliere la controversia di merito di cui all'art. 9 della legge del 1888; e tuttociò che attiene a funzioni accessorie rispetto alla soluzione del quesito politico propriamente detto (se cioè sia o no indispensabile per la popolazione il continuare nell'esercizio dell'uso e su quanta estensione di terreno, avuto riguardo alle condizioni speciali dei luoghi) deve essere affidato all'azione della Giunta arbitrale, la quale è ordinaria liquidatrice di queste servitù od usi civici, e come dà una impronta di conciliazione a tutto quanto il procedimento che si svolge tra il proprietario e l'utente, così deve sobbarcarsi al còmpito odioso e ingrato di ridurre a quantitativo pecuniario le spese subìte per il ricorso ministeriale e per lo stesso giudizio che precedette quel ricorso. Vi saranno spese di perizia e diverse altre spese d'istruttoria: se queste spese sono state anticipate dai Comuni, è ai Comuni che deve farsene e ordinarsene il rimborso a carico della parte soccombente, alla quale non si può a meno di addossarne l'onere; che se le spese sono state compensate, ciascuna delle due parti deve rimborsarne il Comune che le anticipò, in quanto siano state sostenute a domanda o iniziativa dell'uno o dell'altro dei contendenti. Ma la perizia, che è un mezzo istruttorio non richiesto direttamente da una parte, bensì prescritto obbligatoriamente per ogni caso dalla legge stessa, è come la spesa per la carta della decisione e notificazione della decisione stessa, come la spesa per le indennità di viaggio e le medaglie di presenza, soggetta alle sorti della soccombenza nella lite: e si tratta di lite quando dall'amichevole compositore o compositrice (la Giunta d'arbitri) si è prodotto ricorso al Ministero.

Osta però l'art. 19 del regolamento 29 agosto 1889, che dispone doversi la tassazione e il riparto delle spese fare a

Digitized by Google

carico di coloro che hanno proceduto all'affrancazione, ossia di quelli che insinuarono la domanda alla Giunta? Il dubbio non è possibile di fronte all'art. 8 del regolamento 6 agosto 1891 che dispone per la condanna delle spese di giudizio della parte soccombente: quello che poteva esser dubbio nel procedimento normale e indispensabile dinanzi alla Giunta in prime cure, ora non è più discutibile dinanzi all'accentuazione del carattere contenzioso della vertenza, in virtù del ricorso al Ministero di agricoltura; di fronte alla risoluzione del quale ricorso si ha una parte vittoriosa e si ha una parte soccombente, perchè non siamo più dinanzi all'amichevole compositrice. Del resto, la disposizione dell'art. 14 della legge del 1888, che pone le anticipazioni delle spese a carico dei Comuni nel cui territorio sono posti i beni gravati, salvo rimborso da farsene ai Comuni stessi coi mezzi di esecuzione stabiliti dalla legge per la riscossione delle imposte dirette, si può conciliare benissimo coll'art. 8 del regolamento 6 agosto 1891: e cioè, se vi ha una condanna a carico della parte soccombente, le maggiori spese sostenute pel ricorso dinanzi al Ministero di agricoltura non si comprendono nelle anticipazioni fatte dai Comuni, per la semplicissima ragione che la nuova istruttoria, le nuove perizie, le nuove verificazioni ordinate dal Ministero stesso sono fatte sostanzialmente nell'interesse del ricorrente. Tali spese, quantunque il regolamento non parli di deposito preventivo di spese per verificazioni o perizie o produzioni di documenti o altri mezzi istruttori, anzi appunto perchè di ciò non parla, sono sostenute direttamente da esso anche se ordinate d'iniziativa propria del Ministero.

Se l'interessato non si espone a tali spese ed anche (occorrendo) all'anticipo di quelle vive che convenisse anticipare, il ricorso al Ministero cadrebbe e diverrebbe esecutoria la decisione della Giunta arbitrale, che contiene tutto il materiale sufficiente per una liquidazione a sè stante e pienamente eseguibile. Ecco perchè il regolamento del 1891 non dice nulla in questo senso, affidandosi alla diligenza della parte ricorrente; ma certamente escludendo col suo silenzio che il Comune possa avere una parte di onere qualsiasi, neppure provvisoriamente ed in via di semplice anticipazione, in questa procedura di ricorso. Il Comune anticipa a titolo

Digitized by Google

di umanità per i comunisti poveri, acciocchè a questi non manchi la sospirata e indispensabile decisione di Giunta, da cui deve procedere ogni loro risorsa o una parte grandissima delle loro risorse economiche: e l'anticipazione si fa perchè si deve fare la sistemazione e dev'essere fatta dalla Giunta stessa con un procedimento generale e uniforme che ha tutte le apparenze ed anche buona parte di sostanza di una liquidazione fatta nell'interesse pubblico. Ciò che va oltre all'opera della Giunta di arbitri non rientra più nella parte necessaria e imprescindibile di una liquidazione fatta in quell'interesse: e il ricorso è dato piuttosto nell'interesse privato delle parti, che non nell'interesse della giustizia collettiva o dell'economia pubblica. Si tratta ad ogni modo di tener conto dell'interesse prevalente e non degli interessi minori che con quell'interesse prevalente possono concorrere o presentarsi sotto una veste di secondaria importanza.

75. Occorre ragionare alquanto circa gli effetti dei provvedimenti abolitivi, come risultano dalle disposizioni dell'articolo 7 della legge. Quest'articolo dice che l'effetto della liberazione del fondo dalle servitù deve cominciare col 1° ottobre successivo al contratto; ma che potrà pattuirsi un altro termine, come pure un diverso modo di prestazione d'indennità, salva l'approvazione dell'Autorità competente a forma di legge. A sua volta, l'art. 20 del regolamento relativo dispone che la cessazione dell'esercizio di questi diritti e servitù s'intenda aver luogo il 1° ottobre successivo alla data della notificazione agli interessati della decisione delle Giunte arbitrali: e che, se la decisione è appellabile, la cessazione debba aver luogo il 1° ottobre successivo al decorrimento del termine di appello senza che questo sia prodotto, salvo alle Giunte arbitrali di stabilire un termine diverso. Quell'art. 7 della legge è il prodotto della fusione degli art. 4 e 20 della notificazione pontificia del 1849, che si dicono giustamente male amalgamati e con poca chiarezza. Poichè anzitutto viene in acconcio di domandare di qual contratto si parli. Certamente però si parla di un contratto che deroga o modifica le modalità dell'affrancazione, ma non può certamente frustrare la legge di affrancázione nelle sue linee fondamentali, che sono di ordine

Digitized by Google

pubblico e debbono essere attuate come leggi dello Stato. Le private pattuizioni non potranno dunque frustrare lo scopo della legge stessa, che è quello di far cessare in breve termine questi vincoli e di liquidare gli interessi tutti che attorno a questi vincoli si sono o possono essersi formati; o, se non di liquidare i vincoli stessi, di sistemarli e di ridurne la portata nei limiti del puro necessario alle popolazioni a seconda dei tempi e dei luoghi. Ma, allorchè questi contratti si rivolgono soprattutto e specialmente alle modalità dell'abolizione o della liquidazione, certamente debbono avere effetto ed essere adempiti come manifestazione di volontà tra le parti. Ma intanto, se le parti hanno pattuito un termine per la liberazione dei fondi dalle servitù rispettive; e quando termine non è stabilito nella contrattazione tra le parti stesse, l'effetto della liberazione del fondo rispettivo s'intende cominciare col 1° ottobre successivo al contratto.

Termine aperto indefinitamente dunque non può restare, perchè ciò sarebbe contrario ai voti della legge e alla serietà dell'abolizione o liquidazione. Le pattuizioni private possono avere per oggetto non solo il termine della liberazione, ma anche il modo di prestazione delle indennità; sia in natura come in moneta; poichè la scelta delle modalità, fino a che non pregiudica lo scopo, è lasciata libera alla discrezione delle parti, che sono giudici sovrani nel loro proprio particolare interesse. Questi patti o contratti debbono naturalmente essere sottoposti al visto delle Autorità vigilanti e all'approvazione delle Autorità tutorie, secondo le disposizioni generali di legge relative ai contratti: poichè il trattarsi di materia relativa a servitù prediali e loro abolizione o liquidazione o sistemazione non costituisce eccezione di sorta. Nel caso di decisioni arbitrali, la cessazione dell'esercizio della servitù è rimandata al 1° ottobre successivo alla notificazione della decisione o al decorrimento del termine d'appello: perchè qui non v'ha convenzione di parti al difuori o al disopra di un certo quasi contratto giudiziale, nè vi può essere sotto forma transattiva: trattandosi di provvedimenti ispirati all'interesse pubblico e contro i quali non può affacciarsi ragione di comodità privata. Può darsi che il legislatore abbia avuto presente dinanzi agli occhi come un piano cronologico, calco-

Digitized by Google

lando l'anno col quale tutti quanti i lavori di liquidazione si potessero ritenere come compiti e introdotta la nuova sistemazione dei possessi territoriali: ma questo dev'essere stato, se mai, un calcolo molto all'ingrosso e assai probabilmente inesatto, anche se a grandi linee. Le difficoltà non si possono prevedere tutte, ma sorgono per via in molto maggior numero delle previste; perchè in questi rapporti sociali la complicazione è grande e grande è pure la difficoltà per distrigare i rapporti misti o non ben decisi da quelli che presentano, per così dire, una consistenza evidente e quasi parlanti si appalesano all'esame di merito. Ma intanto, anche all'infuori dell'azione e delle convenzioni delle parti, le Giunte arbitrali lavorano per proprio conto in base agli elenchi e possono esse stesse governare, salvi i termini legali, la procedura propria siffattamente da non protrarre in modo esagerato la sistemazione che dipende dall'opera loro: e specialmente possono obbligare i periti a sollecitare l'opera propria e a non cogliere i soliti pretesti del cattivo tempo o della canicola per abusare in trasferte od anche semplicemente per attendere i proprii comodi, come sovente accade. Affrettata la parte dei periti, le Giunte possono benissimo aggiungere la buona volontà propria e le parti interessate la propria per dare con maggior sollecitudine coronamento all'opera di sistemazione e per venire alla liquidazione finale, la quale è destinata a portare quasi il coronamento al lavoro tutto quanto e che vuol'essere considerata non già come un provvedimento emesso nel caso speciale oppure caso per caso, ma come un provvedimento d'indole generale o di carattere sociale nel suo complesso od anche per zone di territorio o per Comuni.

La pratica ha poi dimostrato che, senza una sistemazione dei dominii collettivi, indarno si può aspirare ad una liquidazione di queste servitù od usi civici. Ora può dirsi con sicurezza che la legge del 4 agosto 1894, n. 397, per l'ordinamento dei dominii collettivi nelle provincie dell'ex-Stato pontificio, abbia dato l'assetto definitivo che si sperava a quei dominii? Col dire che le università agrarie, le comunanze, le partecipanze e le associazioni istituite a pro della generalità o le associazioni di utenti ai quali sia stata o sia per essere assegnata la proprietà collettiva dei fondi ai termini

Digitized by Google

degli art. 3 e 9 della legge 24 giugno 1888, sono considerate come persone giuridiche, s'intende senza dubbio ammettere l'esistenza di associazioni di fatto e ritenere superflua la loro costituzione giuridica od approvazione da parte dello Stato: queste associazioni sono riconosciute come enti di fatto che in sè hanno tanta forza da fare a meno persino dell'intervento dello Stato. Anzitutto a questa veduta ha condotto una ragione storica: la ragione che questa specie di proprietà collettiva risale a tempo immemorabile e ad epoca certamente anteriore ad ogni forma storica di Stato moderno nel nostro paese, talchè non è facile tra lo Stato e queste associazioni il risolvere quale abbia più ragione storica di esistere, quale dei due rappresenti un diritto poziore ed un'esistenza più rispettabile sotto il punto di vista della consuetudine. Ma questa veduta è certamente pericolosa, come è pericoloso in ogni caso il concetto che talune associazioni di fatto possano esistere e vivere giuridicamente senza un riconoscimento espresso dello Stato: ciò suppone che vi siano appunto alcuni detriti storici o brani del passato, sui quali lo Stato non possa estendere il suo imperio e che per la loro antichità si sottraggano legittimamente ad ogni controllo dei pubblici poteri, sovrapponendosi così allo Stato stesso e vivendo quasi in un ambiente superiore a quello e di quello più elevato.

Non solo lo Stato non può rifiutarsi di riconoscere la esistenza giuridica di tali enti od associazioni, ma, quasi a titolo di disprezzo della sua autorità, non è neppure chiamato a darvi riconoscimento di sorta; eppure si sostiene e si ritiene in teoria che la personalità giuridica degli enti fittizi non possa ritenersi che come speciale concessione dello Stato, il quale come può accordare, così può ritogliere il diritto all'esistenza fittizia. Ora il non essere così a riguardo delle associazioni di utenti, ai quali venga attribuita la proprietà collettiva dei fondi per effetto o no di affrancazione totale o parziale, dipende per lo appunto dallo intendimento di dare sistemazione ai dominii collettivi, anche a quelli tra questi che derivano dall'esercizio degli usi civici e che in questo esercizio si esplicano. Oltre al riconoscimento *de iure* la legge del 4 agosto 1894 si occupa della lista degli utenti, del regolamento di utenza, della rappresentanza collettiva, della

Digitized by Google

responsabilità degli amministratori, dei ruoli di contribuenza, dell'affrancazione dei fondi, dei ricorsi; e persino dà facoltà al Governo di sospendere l'applicazione della legge abolitiva del 24 giugno 1888 *nei terreni montuosi, non suscettibili di miglior coltura e soverchiamente frazionati.* Questo dunque significa che tutto è pronto per l'organizzazione delle utenze e che, malgrado la affrancazione inversa conceduta agli utenti in confronto dei proprietari e lasciata in prime cure alla Giunta e in sede di ricorso al Ministero di agricoltura, si è ritenuta indispensabile la possibilità che caso per caso il Governo dichiarasse lettera morta la stessa legge del 1888 riguardo a taluni luoghi. Ma perchè? Certamente perchè gli utenti non possono avere tanto denaro da affrancare dal diritto di proprietà (quasi nudo o poco meno) il territorio sul quale si esercita l'uso; e perchè l'uso si vuol far esercitare malgrado ogni concetto abolitivo e contro ogni tentativo di affrancazione da parte del proprietario. E così il Governo può sospendere l'esecuzione della legge proprio là dove la legge trova il caso veramente classico della sua applicazione; cioè là, dove, per impossibilità di miglior coltura, gli utenti le servitù sono in via di fatto quasi i veri utilisti del fondo e non coesistono che con un dominio nominale (dominio diretto) paragonabile a quello del direttario nell'enfiteusi e che molte volte non è se non lo strascico di un vecchio ordinamento feudale. Frattanto, mentre è strano che il potere legislativo emani una legge per lasciare in arbitrio del potere esecutivo di eseguire o non eseguire un'altra legge precedentemente fatta, le condizioni dei possessi sono sempre incerte, finchè non si arriva a distinguere territorialmente i fondi sottoposti a tali servitù od usi in: *a*) *terreni montuosi, non suscettibili di miglior coltura e soverchiamente frazionati*; — *b*) *terreni di pianura, intensivamente coltivabili e raggruppati.* Questa la ricerca di fatto da compiersi anzitutto: e poi, siccome *ex facto oritur ius*, conviene ricercare se v'abbia maggior impronta della proprietà nel sedicente proprietario o nell'utente; tenuto presente il contenuto e le facoltà del rispettivo godimento. Nel primo caso la bilancia dell'utilità trabocca dalla parte dell'utente, che, data la destinazione attuale del fondo e la vera impossibilità di cambiarla in rapporto colla natura

Digitized by Google

del fondo stesso, è come l'utilista in enfiteusi ed esclude ogni godimento diretto e reale dell'altro sul fondo stesso: nel secondo, se non attualmente, certo per cambiamento di destinazione (salvo eventuale indennizzo ai diritti quesiti dagli utenti) può aversi la prevalenza del godimento del sedicente proprietario su quello dell'utente la servitù, o, se non la prevalenza, la contemporaneità e la coesistenza. Il lungo tempo per il quale gli usi hanno durato influisce non già sull'indole e sul contenuto di questi, che è il medesimo anche in breve durata, ma sulla dimostrazione che l'uso, se si è mantenuto pacifico e incontrastato, porta seco una presunzione di legittimità che non può essere distrutta neppure dal tentativo della dimostrazione di uno spoglio violento iniziale.

Ora dunque, se si tratta di terreni montuosi, non suscettibili di miglior coltura e soverchiamente frazionati, l'utilità del pascere o legnare è decisiva e caratterizza tutta quanta la figura economica di cui ci occupiamo; e allora il caso è molto simile a quello dell'enfiteusi e l'utilista differisce ben poco dall'enfiteuta, come se di enfiteusi qui si trattasse. Chi è dunque il domino, chi il proprietario, o chi ha titoli poziori alla proprietà in questo caso: il sedicente proprietario, al quale il fondo è intestato nei catasti, ovvero l'utilista o l'associazione degli utilisti? E qui bisogna andare adagio, perchè siamo a un passo dal dominio collettivo; tanto più che la legge stessa del 1894, che ha per oggetto l'ordinamento dei dominii collettivi, parla di uso collettivo, facendo giocare, forse abilmente, forse inconsciamente, l'equivoco tra dominio e uso e sospendendo o prevedendo la possibilità di sospendere l'applicazione delle leggi abolitive degli usi stessi, quasi per lo scrupolo di colpire negli utenti apparenti i veri proprietari utilisti dei fondi. Ma dunque il legislatore ha lasciato insoluta la questione capitale, che agita le popolazioni e non meno le classi abbienti delle non abbienti. Le plebi degli agricoltori invadono i fondi e proclamano di essere nel proprio e al più si sottopongono ad un canone tenuissimo a titolo di riconoscimento del dominio diretto, e chiedono o non chiedono a lor voglia l'affrancazione dei fondi stessi. Vengono gli scrittori, vengono gli oratori parlamentari, vengono i demagoghi del diritto privato e fanno balenare a queste plebi agricole

Digitized by Google

la lieta novella che esse siano le proprietarie e usurpatori coloro che si dicono proprietari solo perchè sono intestati nei catasti e perchè pagano la fondiaria. Ma intanto il potere legislativo non ha deciso, nè ha troncato la questione e ne proroga la soluzione, ricorrendo il potere esecutivo continuamente ai cosidetti pannicelli caldi (quali la nomina di Commissioni, ecc.) e vivendo a sua volta di espedienti transitorii nella paura di disordini e di agitazioni. Così, nella diffidenza dei rimedi possessori che pure non si ha il coraggio di negare agli stessi utenti, nè si ha la forza di riservare ai censiti, si rimanda il grosso della questione ad un petitorio affidato alle Giunte le cui decisioni non sono irrevocabili nè hanno ancora espletato la materia per tutta l'estensione territoriale, quantunque abbiano veste di funzionare anche nell'interesse pubblico. Così l'incertezza di conglobare l'ordinamento degli usi con quello dei dominii collettivi, riguardo ai quali colla legge del 1894 si è corso troppo nello stabilire e determinare principii generali, i quali per fortuna non sono ancora condotti alle estreme conseguenze dai pubblici poteri, per quanto la dottrina corra già sfrenatamente verso le soluzioni nette e gli economisti rievochino il problema agrario e i socialisti quello in ispecie della distribuzione della ricchezza territoriale. Così di discussione in discussione le oscitanze aumentano e si è ben lungi dall'avviarsi ad una soluzione decisa e precisa, non già degli accessori (che anzi a questi sembra essersi data una cura abbondante), ma della questione fondamentale sulla quale convergono le difficoltà più grandi. In buoni termini, si può dire che in circa un ventennio non si è saputo o voluto sistemare definitivamente questa complicatissima questione degli usi civici e l'altra, non meno complicata, dei demanii collettivi: la qual cosa però non toglie che già si accenni ad una nuova forma di demanio pubblico, vale a dire del demanio comunale.

Non si può nascondere a questo riguardo che, a forza di insistere, l'opinione pubblica si viene già preparando bel bello a questa nuova figura del diritto pubblico, che non si può dire certamente in armonia coi principii che informano la legge del 1888, nè si può ritenere completamente estranea a quella legge; e che le nuove idee socialiste le quali stanno

Digitized by Google

venendo in auge da parecchio tempo contribuiscono alla teorica dei demanii collettivi meglio che alla pratica convenienza di essi non contribuisca il bisogno impellente delle disagiate popolazioni dei centri agricoli di montagna. Questa considerazione di filosofia della storia non toglie certamente alcun valore al concetto dei demanii comunali, se è giusto: come non ne aggiunge, se è falso ed infondato per altri rispetti che abbiano attinenza colla natura giuridica dell'istituto e non colle esteriorità sotto le quali si presenta nella sua pratica attuazione. Or dunque, supponiamo che i dominii collettivi non siano, come non sono tuttora, completamente sistemati per mancanza di una risoluzione netta: la conseguenza sarebbe che non si possano sistemare usi a favore di popolazioni intiere e che perciò in molti casi gli usi stessi non possano proseguire ma debbano essere soppressi. Ciò condurrebbe dunque alla abolizione senza riserva degli usi civici, e cioè ad una rigida e ferrea applicazione di quello che sembra il principio informatore della legge del 1888, senza art. 9 (1), e alla disapplicazione della legge del 1894: la qual cosa non sembra voluta dal legislatore, come non sembra del tutto voluta da questi la soluzione opposta. Poichè, se si ammettesse la conservazione degli usi a beneficio delle associazioni cittadine, si verrebbe a costituire queste associazioni o a darvi riconoscimento esplicito. Ed in tal caso entra in campo la questione sulla natura ed indole di tali usi, per vedere se si tratti di semplici utilizzazioni del prodotto dei fondi o di una parte del prodotto dei fondi, oppure se si tratti di vero e proprio diritto di proprietà su di quelli, da contrapporsi al diritto dell'intestatario catastale: insomma, alle condizioni di ambiente alle quali siamo pervenuti, la questione demaniale

(1) Del resto la relazione CANEVARI sul disegno di legge COCCO-ORTU, presentato il 27 novembre 1906 alla Camera dei deputati per i provvedimenti sull'affrancazione dei terreni dagli usi civici e sull'esercizio di questi, assicura che *l'eccezione dell'art. 9 della legge del 1888 non venne quasi mai applicata: che anzi il Consiglio di Stato, interpretando quest'articolo con manifesta violazione dello spirito della legge, erasi fatto a ritenere che il diritto di ricorrere al Ministero contro le decisioni delle Giunte d'arbitri sull'applicazione dell'art. 9 dovesse essere concesso al proprietario ma negato agli utenti.*

Digitized by Google

è inevitabile e non si può rimanere in una semplice constatazione dello stato di fatto, senza affrontare la discussione sulla natura del diritto. Accertato il fatto, conviene esaminarlo singolarmente per assegnargli la sua categoria giuridica e per evitare che esso sia denaturato o travisato da prevenzioni di scuola o di partito: la sua classificazione è un fatto di prima e fondamentale importanza e non si sottrae alle regole giuridiche del diritto privato per quanto delle vedute giuridiche spurie tendano ad infiltrarvisi attraverso al diritto pubblico. A nostro modo di vedere, la configurazione giuridica non balzerà schietta neppure dallo stabile e definitivo assetto che si promette non più tardi della fine dell'anno corrente per la materia degli usi civici; poichè già questi elementi spurii, affacciatisi sin nel discorso FRANCHETTI alla Camera elettiva nella seduta del 15 dicembre 1887, fecero sorgere la preoccupazione di provvedere agli utenti non come ad individui ma come a classe condannata a morir di fame senza la risorsa degli usi civici. Bene tuttavia dagli on. ZUCCONI e TITTONI nella tornata del 1° maggio 1890, insorgendo contro l'interpretazione del Consiglio di Stato misconoscente il diritto degli utenti di ricorrere anch'essi al Ministero di agricoltura in virtù dell'art. 9 della legge del 1888, la questione fu ricondotta sui veri termini di una legislazione indifferente alla politica: ma anche su questo terreno seguitava ad avvivarsi l'equivoco tra il principio generale informatore della legge del 1888 e l'altro principio (non meno del primo generale) informatore dell'eccezione di cui all'art. 9 di detta legge. Conquistato così il diritto agli utenti, si ebbe però la delusione di vedere ridotta l'eccezione dell'art. 9 quasi a lettera morta, poichè dal 1889 a tutto il 1904 (come risulta dalla relazione RAVA sui dominii collettivi presentata alla Camera nella tornata del 4 aprile 1905) su 4519 affrancazioni sole 50 si effettuarono con applicazione dell'art. 9 della legge del 1888, ossia con ammissione degli utenti all'affrancazione mediante ritenzione delle terre e pagamento di canone al proprietario. Quando il legislatore è incerto sull'applicazione di un principio e lo circonda di eccezioni che lo distruggono, l'applicazione della legge non può essere nè ottima, nè buona, nè sicura: ed è assurdo lamentarsi se

Digitized by Google

l'albero produce i suoi frutti e non frutti migliori dei suoi propri.

Ma il concetto del patrimonio popolare, affacciatosi già una prima volta pur senza accennare a questo concetto, ufficiosamente, per così dire, dallo stesso ZUCCONI che aveva preso parte, come relatore, ai lavori di formazione della legge del 1888, in occasione della relazione relativa al disegno di legge presentato nel 1892 e ripresentato nel 1893, quantunque informasse poi la legge 5 settembre 1894 sull'ordinamento dei dominii collettivi nelle provincie dell'ex-Stato pontificio, non può certamente innestarsi sul vecchio ceppo del 1888 e sul prevalente principio della liberazione della proprietà privata dai vincoli di servitù o di uso, anche se a beneficio di popolazioni intiere. Si giunse allora persino a dire, come si legge nella relazione CANEVARI, che il principio informatore della legge del 1888 sanciva lo spoglio di intiere popolazioni dalle terre su cui esse vivevano: concetto che sarebbe giusto, dopo però dimostrato che i veri proprietari siano gli utenti o che per lo meno questi siano i veri possessori dei fondi e gli altri non siano che violenti intrusi; se pure non si preferisce di venire nell'opinione che questi fondi siano *nullius* e debbano cedere soltanto all'occupazione collettiva o fatta nell'interesse della collettività. E, messo da parte ogni concetto di quotizzazione tra utenti per mantenere l'idea di una proprietà collettiva, tutto si ridurrebbe alla sistemazione di questa proprietà a benefizio della cosiddetta classe agricola: si notò sotto il punto di vista economico come *il contadino che va a fare il fascio di legna servendosi dell'uso civico, ricava dal bosco una entità economica inapprezzabile.... perchè lo salva dai rigori dell'inverno*, mentre *a nessun* altro metterebbe conto *di andare a tagliare quel fascio di legna*. Anche qui e sotto questo punto di vista è indispensabile la dimostrazione della proprietà, sì perchè non v'ha ragione economica che possa distruggere una ragione giuridica, sì perchè l'utilità pubblica può prevalere contro la proprietà quando è in cozzo con questa, ma soltanto sotto la forma di negazione recisa tradotta in fatto coll'espropriazione forzata, mentre ogni altra sarebbe forma di usurpazione e non forma legittima: le lunghe liti ne sono la dimostrazione pratica più

Digitized by Google

patente. Quanto alla questione possessoria, *l'ultimo possesso di fatto* formò base dell' art. 1 della legge del 1888, ma fu poi controverso nell'applicazione travolgendolo infine sotto il criterio opposto dell'imprescrittibilità della proprietà delle relative terre; per cui sulla possessoria, in ultima analisi, veniva a prendere il sopravvento la questione petitoria e la vessata e quasi martellata visione delle classi e del loro bisogno, minando però ad un tempo il concetto di affrancazione. Ma il possessorio tornava per invocare il possesso del diritto d'uso, senza discutere se, in sede possessoria, tra il possessore di un diritto reale e il possessore della cosa sulla quale cade quel diritto, questo o quello debba avere la preferenza. E tanto prese il sopravvento la questione petitoria, che la maggioranza della Commissione venne perfino nella determinazione di escludere le azioni possessorie accordate dalla legge generale, e cioè dal Codice civile, anche affidandole alla competenza speciale delle Giunte arbitrali: poichè, mentre il Ministero nel suo progetto (art. 4) aveva pensato ad affidare alle Giunte il regolamento dell'esercizio di fatto degli usi civici, la maggioranza della Commissione, ritenendo ambigua l'espressione *possesso di fatto* e temendola estensibile anche al possesso violento, oppure (se relativa al solo possesso legittimo) fonte di controversie eccedenti il campo dell'amichevole composizione riservata alle Giunte, ricorse alla espressione *ragionevole presunzione di buon diritto negli utenti*, confidando per tal modo di evitare lo scoglio delle discussioni possessorie. Ma intanto nell'art. 4 così modificato si accennava espressamente ad un regolamento provvisorio che non era entrato per nulla nel progetto ministeriale e che lasciava alle Giunte una certa latitudine di criteri incompatibile collo svolgimento delle azioni possessorie; dando luogo ad una specie di giudizio di delibazione, che la relazione della minoranza ritenne fuor di posto ovunque fuorchè in materia di pronunciati delle Autorità straniere da eseguirsi nello Stato. E in base a questo regolamento provvisorio si poneva una presunzione *hominis*, ossia tra le più labili, e non si voleva che questa presunzione consistesse nel possesso! *Quale più ragionevole presunzione di buon diritto del possesso?* (notava la relazione della minoranza). Una procedura

Digitized by Google

a base di *sommarie informazioni*, e cioè quasi *ex informata conscientia*, poneva il coronamento a questo peregrino ma poco ingegnoso sistema; e si escludeva chiaramente la duplice giurisdizione, dell'Autorità giudiziaria ordinaria cioè e delle Giunte, così elettivamente per le parti come concorrentemente, in attesa della pronuncia definitiva delle Giunte stesse che avrebbe dovuto presentarsi come una forma di assetto definitivo, di fronte al quale è veramente argomento a poco bene sperare la fortuna dell'art. 7 della legge del 1888 e dell'art. 20 del relativo regolamento del 1889 quanto ai termini fissati per l'effetto della legge, per la quale ormai l'esperienza insegnò a non fissare più termine alcuno. La minoranza della Commissione, a relazione BACCELLI, notò che non si concesse approvazione ad un nuovo regime transitorio se non per la convinzione *che il disegno di legge non togliesse, nei casi di spoglio, l'esercizio dell'azione possessoria;* convinzione sorta sin dal dicembre 1906 e cioè sin dalla nomina del relatore sul disegno ministeriale. Per tal guisa le Giunte non potranno aver formato una giurisprudenza, che già sopravverrà una nuova legge organica: dal che una inevitabile incertezza giuridica con relativa incertezza economica; e, mentre nessuna presunzione può vincere quella massima del possesso, si espone il proprietario a soffrire in sede provvisoria un danno che gli utenti abusivi, perchè proletari, non potranno risarcirgli dopo una contraria decisione in sede definitiva. Quanto alle azioni possessorie, malgrado la loro non esperibilità in concorrenza col giudizio conciliativo per espressa disposizione di legge, tuttavia deve riconoscersene la necessità nel caso che gli utenti (malgrado che abbiano avuto torto dinanzi alla Giunta arbitrale) invadano violentemente le terre per esercitare il negato diritto di uso e la Giunta in sede conciliativa non abbia ordinato l'espulsione degli utenti dal fondo (il quale, tra le altre, a quell'epoca può anche non essere stato invaso ancora): ed anche nel caso (1ª parte, art. 5 progetto) che l'esercizio degli usi civici sia stato già definito e regolato da sentenze passate in giudicato o da contratti debitamente approvati. In tali ipotesi, secondo le giuste osservazioni della relazione della minoranza, le azioni possessorie vanno a rivivere per ne-

Digitized by Google

cessità di cose anche sotto l'impero di una nuova legge calcata sui principî del progetto, pure se questo di massima neghi l'applicazione delle azioni possessorie e metta il possessore legittimo spogliato e l'invasore spogliante in lotta ad armi pari dinanzi alla Giunta arbitrale. E quì si tratta di restare strettamente nel campo delle applicazioni dei principî, per quanto sbagliati, del nuovo progetto e non di promettere l'intervento della forza pubblica per cacciare dai fondi invasi gli invasori che non siano in possesso del relativo diritto; nè si tratta di far rivivere l'applicazione dell'art. 29 dello Statuto fondamentale: non si tratta neppure di notare come sia migliore la condizione di chi invade invece d'iniziare il giudizio di conciliazione, così per evitare di far la parte dell'attore, come per dare con uno stato di fatto purchessia forza e colorito alle proprie pretese, come infine per esercitare sul giudice la consueta pressione delle masse tumultuanti. Del resto, le azioni possessorie non sono più dispendiose o più difficili in questo che in certi altri casi dei più scabrosi nell'applicazione del diritto comune: nella provincia romana si ebbero anche pronte reintegrazioni di proprietari e il rimedio si dimostrò pertanto pienamente adeguato. Invece il volere adoperare mezzi blandi e ad ogni costo conciliativi anche verso chi delinque è indizio di debolezza e nuovo fomite di disordini. Quanto agli interessi e ai desiderati del proletariato agricolo, la minoranza proponeva di provvedervi concedendo ai Comuni ed alle Università agrarie il diritto di espropriare in taluni casi le terre dei privati per adibirle ad usi civici o ad usi collettivi; quello di affrancare, facilitando il credito agrario; istituendo e promuovendo cattedre ambulanti di agricoltura: e, in attesa del sospirato ordinamento definitivo, insisteva sul concetto di riservare sempre al proprietario la facoltà dell'esercizio delle azioni possessorie, indipendentemente da qualsiasi giudizio conciliativo. Or tutto questo dibattito tra la maggioranza e la minoranza della Commissione, e cioè tra la corrente demagogica e socialista che considera la proprietà fondiaria come uno sfruttamento indegno all'ombra dell'autorità dello Stato, e la corrente giuridica che assegna alla proprietà, al possesso e ai diritti reali il loro posto rispettivo; tra i timori di entrambe le parti che

Digitized by Google

non si riesca per ora a giungere ad un assetto definitivo sia nei rapporti della proprietà collettiva come nei rapporti della proprietà individuale affetta da servitù od usi collettivi; tra i tumulti della piazza e le repressioni più o meno incerte dell'Autorità: questa condizione di cose, considerata nel suo insieme, ci fa dolorosamente constatare che dal 1887 ad oggi. anzi dal 1884 (epoca nella quale fu presentato il primo progetto GRIMALDI), ossia da più di un ventennio, la questione si sia inacerbita e acutizzata fino all'importanza di una vera lotta sociale; e non solo non siasi d'altro canto fatto un passo verso la definitiva sistemazione della questione stessa, ma siasi peggiorata la situazione provvisoria e siansi aumentati i pericoli di un'erronea soluzione definitiva.

Dunque è inutile parlare oggimai di termini per l'esecuzione di questa o di quella legge, per la sistemazione di questa o quella zona di territorio, di questo o quel dominio collettivo; se ormai neppure si può parlare seriamente di termini *per dare organico e stabile assetto agli usi civici*, secondo il desiderato tradotto dalla Commissione sul disegno di legge 27 novembre 1906 nell'aggiunta di un art. 8 che non riesce tuttavia a dissimulare il pessimismo e la poca fiducia da cui la Commissione stessa (maggioranza e minoranza indistintamente) è stata invasa, come quasi il medico per la constatazione di una malattia senza rimedio vero. Ma la legge del 1894 non ha portato essa un contingente legislativo di primo ordine all'ordinamento dei dominii collettivi nell'ex-Stato pontificio? Gli enti collettivi, per le utenze, furono costituiti bensì in quella legge con cura sufficiente di sostanza e di dettagli: e tanto poco avrebbe potuto meritare, questa almeno, l'appellativo di legge di classe attribuito alla legge del 1888 in quanto favorevole (come si ritenne) ai proprietari in modo speciale. Che anzi essa favorì gli utenti contro i corpi morali, facendo soggiacere questi all'affrancazione obbligatoria: oltre a ciò pose in facoltà del Governo di sospendere l'applicazione della legge del 1888 in terreni montuosi, non suscettibili di miglior coltura e soverchiamente frazionati. Ma se riuscì poco efficace la disposizione dell'art. 9 della legge del 1888, non si vede quanto più debba essere efficace nella pratica la disposizione dell'art. 13 della legge del 1894. La conclu-

Digitized by Google

sione è che si è stabilita la possibilità del dominio collettivo e di una organizzazione normale di quel dominio, ma neppure colla legge del 1894 si è avuto il coraggio di uscire dalle incertezze in rapporto tra la sistemazione di questi dominii collettivi e la sistemazione degli usi civici. Sempre si tratta di facoltà, di dubbi, di riserve; mai una soluzione veramente netta e decisa, la quale sappia contemperare i diritti contrapposti, oppure sappia dar la preferenza ad uno dei due diritti sul diritto contrapposto. Sembra di vivere sempre in un periodo di esperimento e di tentativi; perciò non è da potersi prevedere neppure lontanamente quando potrà seguire la sistemazione definitiva e molto meno è da prefiggersi un termine massimo per il completo disbrigo della liquidazione. Quando il legislatore avrà detto in modo indiscutibile e in forma chiara il suo pensiero, allora si potrà contare sull'attuazione pratica in breve termine e si potrà fare assegnamento anche sulla diligenza delle Giunte e del Ministero di agricoltura *ex officio*, forse più che sulla spesso smentita diligenza delle parti. Nè sarebbe superfluo che il Ministero inviasse sopra luogo taluni suoi ispettori per il lavoro di perizia, di ricognizione e d'identificazione dei fondi, assistendo magari il delegato della Giunta arbitrale ai termini dell'articolo 8 del regolamento del 1889 e regolandosi sugli elenchi e sui ricorsi delle parti per ripartire il lavoro per zone allo scopo di renderlo più facile e più spedito.

76. Una disposizione transitoria pur vi è nella legge del 1888, art. 19: ed essa prescrive che le cause già pendenti dinanzi al tribunale civile di primo grado al momento dell'attuazione della legge stessa siano proseguite dinanzi alle Giunte arbitrali colle forme stabilite dalla legge medesima, e che i termini per proporre appello dalle sentenze proferite prima dell'attuazione di quella legge siano quelli stabiliti dal Codice di procedura civile. Stabilisce inoltre che l'appellabilità delle sentenze pronunziate prima dell'attuazione della legge stessa sia limitata alle sole questioni sull'esistenza o sui limiti o sulla natura delle servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di erbatico, di fidare o d'imporre tasse a titolo di pascolo. Questa disposizione transitoria fu creata dal Senato: e, come si vede,

Digitized by Google

ha trattato le sentenze pronunziate prima dell'attuazione della legge peggio per le parti, relativamente al diritto di appello, di quanto siano trattate le decisioni arbitrali da emettersi per effetto dell'attuazione della legge stessa, la quale all'art. 15 accorda l'appello anche per le questioni riferentisi all'esistenza o rispondenza ai fini delle associazioni prima godenti le servitù affrancate e all'erogazione dei beni e capitali relativi. Ma conviene notare che i tribunali ordinari, i quali prima dell'istituzione della competenza speciale delle Giunte arbitrali per la legge del 1888 erano chiamati a dirimere le controversie in materia di servitù od usi civici, non avevano giurisdizione per decidere se le associazioni non rispondessero più ai fini per i quali furono costituite nè per determinare come e da chi i beni ed i capitali dovessero essere impiegati pel maggior vantaggio delle classi meno abbienti del Comune o della frazione. Poichè, trattandosi di giudizi politici o di giudizi di convenienza, si sarebbe dovuto far capo al potere esecutivo, il quale poi lo ha delegato in prime cure (per la legge del 1888) od è stato obbligato a delegarlo (considerando la sua azione come subordinata a quella del potere legislativo) alle Giunte arbitrali circondariali investite di tutta quanta la controversia. *Quid iuris*, se in questioni esaurite o pendenti per usi civici dinanzi ai tribunali ordinari, al momento dell'attuazione della legge del 1888, si sollevasse il dubbio sull'esistenza dell'associazione degli utenti, o (più naturalmente) sulla loro rispondenza ai fini e sull'eventuale erogazione dei beni e capitali relativi a vantaggio delle classi meno abbienti dei Comuni o frazioni corrispondenti ai territori dove gli usi stessi si esercitavano o si esercitano? Se la questione è stata esaurita con un giudicato del tribunale (poichè per le controversie pendenti si avoca il proseguimento alla Giunta arbitrale territorialmente competente), può la Giunta tornarvi sopra per queste ragioni di convenienza? Oppure deve risolverle il Ministero, visto che un primo grado è stato già esperito in questa giurisdizione? Notiamo anzitutto che la questione circa l'esistenza delle associazioni e la loro rispondenza ai fini pei quali furono costituite non risulta essersi rappresentata nella mente del legislatore come una questione pregiudiziale, da affacciarsi cioè prima di ogni altra istanza od

Digitized by Google

eccezione: logicamente, sarebbe desiderabile che tale questione non venisse ultima, ma non vi è alcuna necessità procedurale impellente perchè debba venire prima delle altre, o sotto il punto di vista del grado o sotto quello dello stato della controversia.

Il legislatore, del resto, ha voluto che tale questione avesse normalmente come due gradi di risoluzione: quello dinanzi alla Giunta e quello dinanzi al Ministero di agricoltura. Se il tribunale si è dovuto occupare, per la legittimità della costituzione delle parti in giudizio, della esistenza o meno delle associazioni di utenti, non si è potuto però occupare in modo alcuno della loro rispondenza ai fini: caso questo in cui il giudizio di convenienza non può certamente dissimularsi sotto l'aspetto della legittimazione di una costituzione in giudizio e quindi non può mai essere sottoposto alla competenza del tribunale ordinario. In tale ipotesi a noi sembra che non si possa invocare, dopo che ha pronunciato il tribunale civile, il giudizio della Giunta arbitrale territoriale: e ciò per due ragioni potentissime. Anzitutto non sarebbe ammissibile andare dinanzi alla Giunta per risolvere una controversia di usi civici, limitatamente alla questione di opportunità circa la rispondenza delle associazioni di utenti al loro scopo; la Giunta dovrebbe essere investita nuovamente di tutta quanta la questione in complesso, sotto tutti i punti di vista e con tutti gli argomenti *hinc inde*, sia sotto il punto di vista obbiettivo del diritto, come sotto il punto di vista subbiettivo di chi lo esercita o si ritiene chiamato ad esercitarlo. Dunque la Giunta non può essere chiamata, come corpo decidente, a pronunziarsi in una materia sulla quale prima ha pronunziato il tribunale: e perciò non resterebbe che, per così dire, una pronuncia di secondo grado, ossia una pronuncia del Ministero di agricoltura: e non perchè s'intenda che il Ministero possa distruggere una sentenza di tribunale, ma perchè, se non si tratta che dell'apprezzamento sulla rispondenza al fine, l'apprezzamento è del tutto politico ed è del tutto rivolto ad un punto di vista che non era stato invero sottoposto al tribunale. Che se anche la Giunta si fosse pronunciata in merito a simile rispondenza, il ricorso al Ministero non è dato soltanto alle parti in controversia diretta, ma può darsi anche

Digitized by Google

(poichè nulla si oppone a questa interpretazione) alle Autorità politiche ed amministrative che intendano intervenire nel pubblico interesse: p. es. al prefetto. E il Ministero, anche d'ufficio, può riesaminare il pronunciato della Giunta e dare la soluzione definitiva alla controversia: perciocchè la procedura contenziosa non è stata certo introdotta per intaccare le attribuzioni del potere politico nè per fare assorbire la questione essenzialmente politica in una questione di mero diritto privato.

Il Ministero stesso può chiedere che, prima della esecuzione, gli siano sistematicamente trasmesse le deliberazioni così dei tribunali ordinari come delle Giunte arbitrali per vedere se non sia il caso, volta per volta, di esaminare se la tale o tal'altra associazione di utenti risponda o meno allo scopo pel quale fu istituita: perchè, restando ferma per tutto il resto la sentenza del tribunale o la decisione della Giunta, il Ministero, ritenendo l'associazione degli utenti più non rispondere allo scopo stesso, possa determinare come e da chi i beni ed i capitali vogliano essere impiegati pel vantaggio maggiore delle classi meno abbienti del Comune o della frazione. L'art. 15, ultimo comma, anche in questo caso riserva il ricorso dalla decisione della Giunta alla Corte d'appello, ma ai termini (non dice *nei* termini) dell'art. 10, e cioè anche quì *nel solo caso che insorga questione sull'esistenza o sulla natura o sui limiti delle servitù:* laonde le due competenze, in seconde cure, della Corte d'appello e del Ministero di agricoltura (tanto nel caso della non rispondenza delle associazioni al fine quanto per la questione prevista nell'art. 9 della legge circa la sufficienza o meno dei terreni da cedersi alle popolazioni utenti dai proprietari in corrispettivo delle affrancazioni) procedono parallele e non s'incontrano nè cozzano mai tra di loro, quantunque siano innestate in una sola e medesima controversia.

La competenza rimane distinta anche in sede di ricorso, e i due stadi contribuiscono ad una sola ed unica sistemazione. Ogni disposizione transitoria, del resto, è subordinata e coordinata all'intento unico di una sistemazione complessiva e generale, per la quale non v'abbia tratto di terreno già sottoposto ad uso o servitù civica, che ora non sia stato o non sia per

Digitized by Google

essere sottoposto all'azione regolatrice delle Giunte arbitrali e del Ministero stesso, nelle sfere della competenza rispettiva: non v'è provvedimento transitorio, e non può esser fatto, da cui resti turbata questa unità armonica d'intenti diretti ad un fine di pubblico interesse. La legge in questa materia deve guardare piuttosto all'avvenire, perchè è sempre il passato che si tratta di sistemare, in un modo o nell'altro: e, pur mantenendo una certa diversità nei mezzi e ammettendo una certa tolleranza di tempo, infine lo scopo unico deve portare ad un esito solo e uniforme in rapporto coi principî generali del diritto. Sotto il punto di vista dell'unità dell'intento non si comprende perfettamente perchè l'appellabilità delle sentenze pronunciate dai tribunali civili prima dell'attuazione della legge del 1888 debba ritenersi limitata alle questioni sull'esistenza, limiti e natura delle servitù e non si possa estendere a tutto quanto il merito giudicato dai tribunali stessi; evitando così che si contenda in appello sulla rispondenza delle associazioni ai loro fini, non perchè la Corte d'appello fosse incompetente sulla materia, se intorno ad essa il tribunale di primo grado avesse giudicato, ma effettivamente perchè il tribunale di primo grado, come si disse, non può averne formato oggetto della propria cognizione. E non sarebbe possibile che la Corte d'appello fosse chiamata a giudicare su di un territorio più vasto di quello sul quale prima erasi esplicata la giurisdizione del tribunale o su questioni prima non sottoposte al tribunale medesimo per ragione di incompetenza.

La disposizione transitoria che noi esaminiamo offre anche un altro punto degno di nota: ed è la sottrazione ai tribunali delle cause pendenti al momento dell'attuazione della legge stessa, perchè siano proseguite dinanzi alle Giunte arbitrali: si tratta di un vero spodestamento di giurisdizione, senza rispetto alle norme sulla prevenzione del magistrato. E la soluzione, fino ad un certo punto, può sembrare scorretta od arbitraria: ma si pensi alla poca attitudine che l'Autorità giudiziaria presenta per la soluzione di simili controversie e alla necessità di affermare l'applicazione di criteri uniformi per evitare nella pratica soluzioni discordi di principio e di metodo. L'inconveniente non sta tanto nel tempo

Digitized by Google

impiegato nell'istruttoria davanti ai tribunali ordinari (poichè tale istruttoria può molte volte essere utilizzata anche dinanzi alle Giunte arbitrali), quanto piuttosto nella molestia di una nuova procedura da iniziarsi, dopo che gli atti (magari d'ufficio) saranno stati trasmessi agli uffici delle Giunte. Oltre a ciò la prosecuzione delle cause, pendenti dinanzi ai tribunali, presso le Giunte arbitrali, se pure a tutta prima non accenna alla necessità di una riapertura di termini o di un rinnovamento completo degli atti di procedura, pur tuttavia in pratica le più volte conduce a ritornare, almeno in parte, sulla procedura già seguita e ad iniziare un'altra fase procedurale, forse più sommaria ma ad ogni modo diversa. L'art. 9 del regolamento 6 agosto 1891, poi, quanto alla procedura dice chiaramente che per i ricorsi ancora pendenti all'entrata in vigore della legge del 1891 le parti debbono seguire la procedura tracciata dal regolamento stesso: e questi ricorsi pendenti evidentemente sono anche quelli sottratti ai tribunali ordinari, dacchè le Giunte arbitrali furono per la prima volta istituite colla legge del 1888.

Del resto, la disposizione transitoria che avoca alle Giunte medesime tutte le cause pendenti davanti a quei tribunali, nella sua recisa e decisa semplicità, è altamente commendevole perchè rivela che il legislatore siasi formato una veduta decisa e sia risolutamente entrato nel campo dei provvedimenti dietro ai quali si eleva un'opinione o un principio. Se quelle cause invece si fossero lasciate alla risoluzione dei tribunali ordinari, dinanzi ai quali dapprincipio erano state introdotte, si sarebbe d'altro canto fatto torto alla competenza speciale delle Giunte arbitrali: competenza speciale che è stata istituita nel pubblico e non nel privato interesse e che risponde ad un disegno, ad un programma completo di lavori e di sistemazione: tanto più che, investendo le Giunte delle controversie pendenti, queste avrebbero potuto investire la questione completamente, e cioè anche sotto il punto di vista della rispondenza o meno delle associazioni al fine per il quale erano state istituite. Ciò non significa aggiungere o sanzionare un argomento capitale nel senso di escludere le azioni possessorie, sol perchè queste dovrebbero esercitarsi parallelamente alla procedura dinanzi alle Giunte arbitrali, in sede

Digitized by Google

di magistratura ordinaria: perciocchè il creare una giurisdizione speciale per gli usi civici non significa toglier di mezzo la giurisdizione generale della proprietà e del possesso, nè significa porre la proprietà o il possesso in condizione d'inferiorità, sol perchè l'una o l'altro è sottoposto al vincolo di queste servitù o di questi usi.

La posizione è chiara e non ammette equivoci: l'istituto generale e l'istituto speciale vogliono ritenersi contemperati e coordinati al solo scopo fondamentale ed unico di evitare abusi e di rispondere alle esigenze dei principî e al loro adattamento per i bisogni dell'epoca attuale e della fase storica che attraversiamo; in quanto gli avvenimenti storici sono destinati a lasciare una traccia profonda e non soltanto un'impronta passeggiera per l'opera di uno od altro partito che nel governo della cosa pubblica abbia o possa avere un momentaneo sopravvento. Le disposizioni transitorie possono riuscire non esorbitanti nè lontane dal segno, quante volte prima di emanarle in un senso o nell'altro siansi esattamente e saldamente fissati i principî ai quali tutta la legislazione deve ritenersi ispirata: ciò fatto, le disposizioni transitorie ne discendono come conseguenza legittima e non formano che la rigorosa e coerente applicazione dei principî stessi; nè alcuno può censurare queste disposizioni, se hanno preso una piega di logica rigorosa per giungere anche a conclusioni relativamente ardite e gravissime.

Ma in ogni caso le disposizioni transitorie medesime non possono servire per frustrare o prorogare l'applicazione della legge, considerata nei suoi principî fondamentali; esse soltanto possono servire per dare maggior forza ad una tale applicazione, per renderla più sicura e più efficace: e così non è una questione di competenza quella che può ritardare o procrastinare l'attuazione della legge stessa. Dopo la legge del 1888 e il regolamento per l'esecuzione dell'art. 9 di detta legge, non si è pensato più ad altra disposizione transitoria fuorchè a quella consistente nell'ordinare la sospensione dell' esecuzione della legge del 1888: se pure una tale disposizione, a rigor di termini, può chiamarsi transitoria. L'ideale sarebbe anzi che le disposizioni transitorie fossero prestabilite uniformemente per ogni legge di diritto pubblico ed uniformemente

Digitized by Google

per ogni legge di diritto privato, nell'ipotesi di passaggio da uno stato precedente ad uno stato susseguente; salve le diverse modalità di tempo dovute alle forze speciali d'ambiente in cui ciascuna legge stessa deve esplicare la sua efficacia. E la materia di cui ci occupiamo appartiene perfettamente al diritto pubblico, perchè appunto si è voluta affidare la nuova sistemazione alle Giunte provinciali amministrative e al Ministero di agricoltura per sorvolare sulle considerazioni desunte dai principî di diritto privato e per navigare in materia di riordinamento agrario.

La legge del 1885 difatti e le leggi successive che hanno per oggetto queste vecchie servitù o questi vecchi usi sono vere e proprie leggi agrarie, per quanto dissimulate sotto altra forma: sono leggi le quali accennano ad un vero riordinamento della proprietà e dei suoi diritti frazionari. Queste leggi, non nel 1886 nè nel 1888, ma nei tempi da noi attualmente attraversati, secondo certe vedute politiche e sociali, sono destinate ad avere per sè stesse un'importanza tutt'altro che transitoria; perchè anzi vuolsi che esse lascino una traccia stabile e permanente non solo nella politica, ma nello stesso diritto e in tutto quanto l'ordinamento sociale in genere. La limitazione dell'effetto sarebbe solo in rapporto all'ambiente; perchè certamente queste servitù od usi civici si riscontrano nei piccoli centri di popolazione, e specialmente nei Comuni di montagna, dove non è possibile coltivazione intensiva delle terre e dove è opportuno provvedere ad una sistemazione nell'utilizzazione permanente delle terre stesse, magari forzando in un modo o nell'altro i diritti di proprietà, oppure espropriando le terre stesse.

Lo scopo, per sè stesso stabile e definitivo, suppone un programma già fatto tutt'altro che a base di espedienti passeggieri o di provvedimenti transitori; suppone un programma che guardi impavido all'avvenire e che intenda di rompere risolutamente col passato. Perciò i mezzi termini non sono ammessi e di transitorio si deve lasciar passare il meno possibile, anzi lo strettamente necessario, specie per quanto concerne la giurisdizione o il passaggio di giurisdizioni; i mezzi termini riescono al transitorio e non allo stabile. Nè l'Autorità giudiziaria ordinaria vorrà considerarsi come decapitata

Digitized by Google

o menomata a causa della sottrazione alla sua giurisdizione delle cause già in corso presso di essa in materia di usi civici: poichè appunto, se si volle instituire colla Giunta arbitrale un nuovo magistrato al quale demandare la cognizione di tali controversie rurali, ciò si fece evidentemente per una operazione di stralcio più che per costituire una vera e propria magistratura permanente o un organo di speciale contenzioso amministrativo. Anche sotto il punto di vista della celerità del lavoro e della unità dei criteri, questa disposizione transitoria relativa al passaggio di giurisdizione non racchiude alcun elemento di offesa verso il giudice togato, purchè e finchè tale speciale competenza non urti contro la competenza del magistrato stesso in materia di azioni possessorie.

77. La legge 2 luglio 1891, n. 381, mentre nell'art. 3 autorizzava il Governo a fondere in un testo unico le nuove disposizioni da essa portate colle disposizioni della precedente legge 24 giugno 1888, portava ad alcuni articoli di quest'ultima legge modificazioni dirette. L'art. 2 della legge del 1891 prevede il caso che vi sia opposizione d'interesse tra il Comune e gli utenti: ed in tal caso fa obbligo alla Giunta arbitrale che abbia constatato l'esistenza di un tale conflitto di rimettere gli atti alla Giunta provinciale amministrativa prima di procedere alle operazioni che le furono attribuite per l'art. 9 della legge del 1888 (cioè ricognizione e identificazione, liquidazione e assegnazione, risoluzione di controversie). La Giunta provinciale amministrativa provvede allora alla nomina di una Commissione di tre o di cinque degli utenti iscritti nel relativo elenco, perchè questi abbiano nel giudizio arbitrale la rappresentanza di tutti gli utenti e in tal veste ne tutelino e sostengano le ragioni dinanzi alla Giunta degli arbitri. Dispose che il giudice presidente della Giunta fosse nominato a capo di ogni anno dal primo presidente della Corte d'appello; che i due arbitri fossero eletti per un biennio; che tanto al giudice presidente quanto ai due arbitri si dessero altrettanti supplenti; che tanto il giudice presidente quanto gli arbitri titolari ed i supplenti potessero essere rieletti; che il cancelliere del collegio si

Digitized by Google

chiamasse segretario. Dispose pure che la popolazione a cui benefizio si riconoscesse indispensabile la continuazione nell'esercizio dell'uso fosse *la popolazione di un Comune o di parte di esso* ovvero *una università od associazione di cittadini*. Un regolamento poi, approvato con regio decreto 6 agosto 1891, n. 518, porta nuove disposizioni per l'esecuzione dell'art. 9 del testo unico delle due leggi del 1888 e del 1891: testo unico del 3 agosto 1891, n. 510, il quale non fece che unire materialmente le disposizioni delle due leggi precedenti senza alterarne per nulla la sostanza. Il regolamento 6 agosto 1891 per l'esecuzione dell'art. 9 del testo unico, in nove articoli dispone che entro 30 giorni dalla notificazione delle decisioni della Giunta le parti che a tenore dell'art. 3 della legge vogliano ricorrere al Ministero di agricoltura a tenore dell'art. 9 della legge, notifichino il ricorso per mezzo d'usciere e poi lo depositino insieme agli atti del giudizio e alla sentenza della Giunta arbitrale presso il Ministero stesso, non più tardi di 5 giorni dalla notificazione (art. 1); che durante quel termine e finchè non siasi provveduto sul ricorso l'esecuzione della decisione della Giunta resti sospesa (art. 2): che entro 30 giorni successivi a quello del deposito la controparte possa produrre un controricorso da notificarsi all'altra parte per mezzo d'usciere giudiziario e, dopo notificato, debba depositarlo insieme agli atti presso il Ministero non più tardi di 5 giorni dalla notificazione (art. 3).

Stabilisce che il ricorso stesso debba essere diretto al Ministero e deve contenere le necessarie indicazioni, una esposizione dei fatti e motivi su cui si fonda il ricorso e le conclusioni, le sottoscrizioni delle parti o di un avvocato che ne abbia mandato (art. 4); che il Ministero può ordinare alle parti per mezzo delle locali Autorità di produrre entro un dato termine quegli atti e documenti che crede necessari per la decisione della controversia e che può anche richiedere si eseguano nuove verificazioni, fissando il termine in cui dev'essere depositata la relazione (art. 5); che, istruita la causa, sia sentito sulla questione il parere del Consiglio di Stato e quindi sia provveduto (art. 6); che il provvedimento motivato sia emesso con decreto ministeriale da registrarsi alla Corte dei conti e da notificarsi quindi agli

Digitized by Google

interessati e alla Giunta d'arbitri a cura del prefetto (art. 7); che per l'esecuzione del provvedimento ministeriale le parti siano rinviate dinanzi alla Giunta arbitrale e che la parte soccombente sia condannata alle spese del giudizio da tassarsi per delegazione ad opera della Giunta stessa (art. 8).

Quantunque per l'obbietto non riguardi in apparenza la materia di questa servitù e diritti d'uso, tuttavia, per connessione di materia, è necessario richiamare la legge 4 agosto 1894, n. 397, portante l'ordinamento dei dominii collettivi nelle provincie dell'ex-Stato pontificio e dell'Emilia. Si tratta delle università agrarie, comunanze, partecipanze, associazioni istituite a profitto della generalità degli abitanti di un Comune o della frazione di un Comune, o di una determinata classe di cittadini per la coltivazione e il godimento collettivo dei fondi, o l'amministrazione sociale di mandre di bestiame: queste sono considerate come persone giuridiche (art. 1); anzi gli utenti, ai quali fosse stata o fosse per essere assegnata la proprietà collettiva dei fondi ai termini degli art. 3 e 9 della legge 24 giugno 1888, n. 5489, abolitiva delle servitù di pascolo, ecc., si dichiarano costituiti in associazioni da considerarsi pure come persone giuridiche (*ibid.*)

Le associazioni così costituite debbono riunirsi in assemblea per redigere la lista degli attuali utenti e per deliberare il loro regolamento a maggioranza assoluta di voti (art. 2); altrimenti il sindaco, d'ufficio, convoca gli utenti, e, nell'inerzia del sindaco, il prefetto della provincia (art. 3). I regolamenti definitivi debbono essere approvati dalla Giunta provinciale amministrativa, previa parere del comizio agrario del circondario e della deputazione provinciale (art. 4); contro le disposizioni regolamentari che ritenessero lesive dei loro diritti, i singoli soci o utenti o chiunque altro avente diritto possono far ricorso alla Giunta d'arbitri istituita dalla legge del 1888, se si tratti della esistenza, estensione, entità e limiti dei diritti medesimi (art. 6); contro le decisioni delle Giunte è ammesso ricorso alla Corte d'appello (*ibid.*). Su ricorso degli interessati l'Autorità da cui fu approvato il regolamento provvede a modificarlo in conformità dei giudicati delle Giunte d'arbitri e delle Corti d'appello: le variazioni successive possono farsi soltanto su domanda di almeno un

Digitized by Google

terzo dei soci (art. 7). Alla formazione dei ruoli di contribuenza ed alla esazione dei contributi sociali per le associazioni costituite in enti morali si applicano le norme della legge per la riscossione delle imposte dirette, compresi i privilegi fiscali: contro i ruoli si può reclamare alla Giunta d'arbitri e contro la decisione di essa si può ricorrere alla Corte d'appello (art. 8). Si ammette la fusione e concentrazione per decreto prefettizio, udita la Giunta provinciale amministrativa e purchè sia domandata da due terzi degli interessati, di due o più associazioni, università, comunanze o partecipanze dotate separatamente di beni insufficienti al loro scopo (art. 10).

Poi tre disposizioni riguardano direttamente la legge 24 giugno 1888. Si dispone che l'affrancazione dei fondi dalle servitù abolite per la legge del 1888 abbia luogo di pieno diritto a favore degli utenti in tutti i casi nei quali la proprietà dei beni da affrancare appartenga a corpi morali; a richiesta della rappresentanza legittima degli utenti, quando l'uso civico sia a profitto della generalità degli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune (art. 11). Se un fondo è gravato da servitù di varia natura a favore di diverse classi di utenti, l'affrancazione è ammessa a pro di tutti gli utenti che ne verrebbero ad acquistare così la proprietà collettiva con obbligo di costituirsi in associazione (art. 12). Nei terreni montuosi, non suscettibili di miglior coltura e soverchiamente frazionati, è fatta facoltà al Governo, su domanda degli interessati, intesa la Giunta provinciale amministrativa e il Consiglio di Stato, di sospendere l'applicazione della legge del 1888 (art. 13).

Queste le leggi, nella cui applicazione automatica si giunse fino al 1905, ossia finchè con decreto ministeriale 16 ottobre di quell'anno fu nominata una Commissione coll'incarico di studiare l'effetto delle applicazioni delle leggi del 1891 e del 1894 e di proporre le modificazioni che stimasse necessarie. Il 16 novembre successivo poi si riunì per la prima volta questa Commissione così denominata, *per la riforma delle leggi sull'affrancazione delle servitù civiche e sull'ordinamento dei dominii collettivi*, sotto la presidenza del ministro Rava, il quale la arringò richiamando la relazione Tittoni sulla legge del 1894 e gli scritti del Rinaldi, del

Digitized by Google

CENCELLI, del VALENTI (collegati questi ad altri lavori ed in ispecie al lavoro del LAVELEYE). Indi toccò della omissione da lui constatata della relazione sul movimento economico e sull'andamento dei dominii collettivi prescritta per ogni triennio dall'art. 9 della legge 4 agosto 1894, e scusò l'inadempimento di un tale obbligo colla mancanza assoluta di fondi per un tale servizio e con quella di un ufficio speciale per esercitarlo. Notò che, sopravvenuta l'agitazione agraria nel Lazio e in altri luoghi delle provincie ex-pontificie, si era a questo duplice difetto provvisto dal suo predecessore fin nel precedente mese di febbraio; e che l'indugio alla nomina della Commissione si doveva alla necessaria raccolta del materiale e cioè degli elementi statistici occorrenti. Aggiunse che aveva predominato la persuasione erronea che le due leggi dovessero applicarsi *col solo concorso e secondo le varie tendenze e i mutevoli bisogni degli elementi locali;* lasciando che ad insaputa del Ministero e coll'approvazione delle Giunte provinciali, contrariamente alle disposizioni legislative, si facessero regolari divisioni e assegnazioni di quote, secondo il vecchio concetto della piccola proprietà illustrato dal REGNOLI nel suo studio sulle partecipanze.

Pur difendendo la fedeltà al fine della legge, alluse alle inchieste eseguite che rivelarono erronea applicazione e mancanza di sindacato; e insisteva sul principio del dominio collettivo e della comunanza agraria avente personalità giuridica, notando come questo criterio, posto a base della legge 4 agosto 1894, fu esteso a tutta l'amministrazione dei demanii comunali del Mezzogiorno nel progetto da lui presentato il 19 dicembre 1904 al Senato. La relazione a questo progetto aveva come scopo precipuo quello d'illuminare i pubblici poteri intorno all'andamento amministrativo ed al movimento economico degli enti collettivi; e, per quanto la legge abolitiva delle servitù non abbia che una semplice affinità col progetto di cui si tratta, tuttavia in quella relazione sono raccolte abbondanti ed utili notizie sulle affrancazioni decise dalle Giunte arbitrali a tutto il 1904. L'insufficienza delle indagini fece sì che le prefetture non trasmisero ancora, o non tutte ancora trasmisero, alle Giunte di arbitri gli elenchi prescritti dall'art. 13 della legge del 1888; perlocchè

Digitized by Google

(notava il Ministro) occorrerebbero indagini dirette sopra i luoghi e l'invio di delegati, i quali del resto fecero buona prova per la pacificazione degli animi nel Lazio.

Prima delle affrancazioni, giusta la relazione TITTONI, le servitù da affrancare si estendevano su oltre mezzo milione di ettari; nel 1903 ne furono affrancate per ettari 64.874,08,73, di cui furono dati agli utenti ettari 5.911,28,83: ma dal 1889 al 1904 ben 153.751,75,01 ettari formarono oggetto dei giudizi di affrancazione presso le Giunte arbitrali, e agli utenti se ne dettero per ettari 40.369,87,11 di cui 20.024,68,55 in applicazione dell'art. 9 della legge 26 giugno 1888. Ventidue Giunte d'arbitri si costituirono in applicazione della legge 24 giugno 1888, nelle seguenti località: Ancona, Ascoli Piceno, Fermo, Bologna, Vergato, Comacchio, Macerata, Camerino, Pesaro, Urbino, Perugia, Foligno, Orvieto, Rieti, Spoleto, Terni, Ravenna e Lugo, Roma, Civitavecchia, Frosinone, Velletri, Viterbo. Roma e Viterbo erano i circondari in cui poteva riscontrarsi la maggior estensione dei terreni pei quali fu dichiarata l'affrancazione: nel circondario di Orvieto furono affrancate soltanto le servitù godute dai privati: ed in quelli di Macerata, Urbino, Rieti, Ravenna e Lugo, Roma, Frosinone, Velletri, Viterbo le Giunte d'arbitri pronunziarono anche decisioni per affrancare servitù godute dai privati. Assicurò il Ministro che molti e gravi inconvenienti furono posti in luce dalle relazioni dei prefetti e dalle ispezioni ministeriali: inconvenienti di diversa specie ed ai quali non è sempre agevole di porre riparo per difetto di mezzi adeguati, ivi compresi gli scioglimenti dei Consigli d'amministrazione e l'invio di commissari regi. In dieci provincie, quante sono le interessate, l'affrancazione a quell'epoca si era effettuata per una estensione di 154 mila ettari, di cui 40 dati dagli utenti in corrispettivo delle servitù affrancate; ma non tutti furono organizzati come dominii collettivi: questi, pur non avendo avuto piena attuazione, tra antichi e nuovi, comprendevano già una superficie di oltre 130 mila ettari, valutata al prezzo di circa 26 milioni di lire e da essa per buona parte traeva i mezzi di sussistenza una popolazione di circa 270 mila persone. E qui il Ministro coglieva occasione per fare una specie di requisitoria contro il con-

Digitized by Google

vincimento di queste 270 mila persone, *che i poteri pubblici non siano solleciti del loro benessere e che la soddisfazione dei loro legittimi desideri e la tutela di diritti che non trovino nella legge sufficiente garanzia possano solo ottenersi col trascendere i limiti che la legge stessa ha fissato per ogni manifestazione tendente a fare accogliere richieste fondate sulla equità e sulla giustizia* (1). E qui accennava alle sentenze della Cassazione romana, la quale, come corollario dell'imprescrittibilità ed inalienabilità del diritto di esercitare gli usi civici, stabiliva che il possesso potesse ritenersene col solo animo senza occupazione o violazione; e lamentava che nella pratica siasi voluta adottare la strana novità del fermarsi per tre giorni e tre notti nel fondo per indicare l'uso civico. Di qui agitazioni tumultuose e vie di fatto e l'immancabile imbarazzo del Governo che ha prescritto e per gli utenti abusivi e per i veri utenti delle servitù civiche un trattamento diverso da quello che si farebbe ai disoccupati (gli uni o gli altri penetranti nei fondi per dissodare e coltivare); *essendo possibile che sotto l'apparenza di atti arbitrari e violenti vi sia il bisogno di esercitare un legittimo diritto.* Il Ministro sembrava accennare ad altre forme o figure giuridiche da sostituirsi ai dominii collettivi nella coltivazione delle terre; e, vagheggiando questo ideale direttivo, proponeva alla Commissione uno scopo economico parallelo a quello della pacificazione degli animi.

La Commissione nominata dal Ministro (e presieduta prima dal TITTONI, e poi, essendo egli entrato a far parte del Gabinetto, dal QUARTA) presto ebbe altro materiale a disposizione. I dominii collettivi del Lazio presentavano e presentano tuttora una speciale importanza, così quantitativamente come estensivamente e per le loro funzioni in rapporto alle speciali condizioni della popolazione agricola della provincia, in ordine al miglioramento economico degli utenti e alle condizioni dei lavoratori della terra.

(1) Il Ministro avrebbe avuto ragione di richiamare su questo fenomeno speciale l'attenzione della Commissione, se questa doglianza del popolo non fosse ormai generale e non si estendesse a tutti gli ordini costituiti, quello compreso dell'amministrazione della giustizia, e a tutti i fenomeni della vita pubblica e ai rapporti di diritto privato e pubblico.

Digitized by Google

Nella provincia stessa esistevano ben 69 dominii collettivi, 21 dei quali preesistenti alla legge del 1888 e 48 originati poi in seguito all'applicazione di quella legge; 37 nel circondario di Roma, 5 in quello di Civitavecchia, 1 in quello di Frosinone, 1 in quello di Velletri, 22 in quello di Viterbo. Generalmente in un Comune esisteva un unico dominio collettivo; solo a Campagnano ne esistevano 3 e 2 a Palombara Sabina, come 2 a Bieda: soltanto in Frascati coesistevano Università e Consociazione agraria. Nelle provincie questi dominii collettivi avevano un'estensione territoriale di circa 33.199,57 ettari del valore di circa L. 10.700.000 con 19.418 utenti; risultando così in L. 322,30 il valore medio per ettaro. Questo stato di fatto era però variabile per giudizi pendenti intorno all'affrancazione di servitù civiche (in cui entravano già nel 1906 in contestazione terre dell'estensione di circa 60.000 ettari) e per formazione di nuovi dominii collettivi dove in seguito ad affrancazioni di servitù civiche furono assegnati agli utenti non terreni ma canoni.

I dominii collettivi preesistenti alla legge del 1888, meno due o tre eccezioni, erano governati da norme regolamentari in osservanza dell'art. 2 della legge del 1894; e per il godimento dei beni, le terre o furono ripartite in quote e concesse in godimento agli utenti per un periodo dai 15 ai 30 anni, o furono date a semina e pascolo agli utenti stessi secondo il sistema tradizionale nell'agro romano: e ai bisogni della comunione si provvide coi proventi delle imposte patrimoniali e coi contributi fiscali.

In taluni Comuni i dominii collettivi furono amministrati dalla stessa amministrazione comunale (con erogazione delle rendite nel proprio bilancio); in altri del patrimonio collettivo il Comune dispose come di cosa propria, dividendolo tra i comunisti e concedendo le quote in enfiteusi. Si è visto però che il funzionamento di tali enti collettivi, fatte alcune eccezioni, si scostava alquanto dalla via tracciata nella legge del 1894 e dai principî fondamentali del dominio collettivo; perchè la comunanza così come fu ordinata non era la cooperativa agricola delineata nel pensiero del legislatore, ma invece una forma di proprietà collettiva con individualiz-

Digitized by Google

zazione del diritto dei singoli soci nell'uso e nel godimento della terra comune.

L'ente collettivo così ordinato costituirebbe dunque una azienda agricola della quale esso stesso è il proprietario e gli utenti sono i coloni aventi diritto alla lavorazione della terra; esso offrirebbe sempre ai lavoratori della terra condizioni migliori di quelle offerte da altri proprietari: senonchè si osserva che la forma di comunanza, pure offrendo agli utenti un miglioramento di benessere, tuttavia non risponde ai voti del legislatore del 1894 che si proponeva la costituzione di vere e proprie cooperative agricole. Tuttavia nella provincia romana alcune università rappresentano una forma di proprietà collettiva quasi rudimentale, mentre altre hanno raggiunto un notevole grado di progresso così nel campo agricolo come in quello economico e sociale (quali quelle di Corneto Tarquinia, della Manziana e di Nettuno, le quali incoraggiano anche gli agricoltori per mezzo di premi e di aiuti per il miglioramento della coltivazione). Ma intanto alle leggi in oggetto non si dà ancora nè interpretazione nè esecuzione pacifica, acuendosi ognor più i conflitti tra proprietari ed utenti e le diffidenze reciproche traducendosi non di rado in controversie giudiziarie (sui promotori delle quali il ministro Giolitti in un colloquio del 19 luglio 1906 con una Commissione del Consiglio direttivo dell'Unione agraria italiana si lasciò trasportare ad una censura più aspra che non si convenga alla sua abituale calma e freddezza); ed una relazione ministeriale molto a proposito riconosce che i dominii collettivi *si trovano ancora nel primo periodo di formazione e quindi risentono tuttora dell'incertezza dei criteri che hanno provveduto alla loro formazione.*

Risorge sempre la eterna questione se debbano considerarsi come veri proprietari dei fondi gli utenti la servitù ovvero i cosiddetti proprietari dei fondi stessi; e si propongono inoltre modificazioni all'art. 9 della legge del 1888, nel senso d'indicare precisamente quando sia il caso dell'affrancazione e di commisurare il prezzo al valore del fondo come nella legge per la bonifica dell'agro romano. Quanto alla magistratura, essa sembra avere accolto come indiscutibili verità talune affermazioni storiche, traendone gravissime conse-

Digitized by Google

guenze giuridiche, e che abbia fatto buon viso a vecchie teorie di antiche scuole, accettate come verità senza bisogno di dimostrazione: così non solo ha constatato induttivamente da fatti concreti l'esistenza degli usi civici, ma ha argomentato l'esistenza stessa deduttivamente dalla passata qualità feudale della terra, ritenendo l'esistenza di un nesso generale e costante tra una tale qualità e gli usi civici. Anzi fu detto a tal riguardo, con abbondanza d'imagini brillanti nel campo della storia del diritto, che, siccome l'antica scuola giuridica napoletana opponendosi alla prepotenza feudale invocava la teorica dei diritti innati per difendere gli usi civici indispensabili ai poveri per vivere, così i magistrati nostri, uscendo fuor dal rigore delle indagini, abbiano fatto rivivere questi antichi argomenti sostituendo ai servi della gleba di un tempo gli attuali contadini, ai baroni feudali gli attuali proprietarii e ai decreti del principe le leggi parlamentari. E si notò che nel territorio romano il feudalesimo venne a formarsi lentamente e spontaneamente senza imposizioni di conquistatori; talchè feudatario in questa regione non fosse che il discendente degli antichi proprietari e proprietario anch'esso con aggiunta ai diritti ereditati di nuovi diritti di carattere pubblico, raccogliendo così la potestà governativa alla proprietà della terra contenuta entro la sua giurisdizione: laonde gli usi civici si sarebbero sempre esercitati su terra feudale, ma non perciò le terre feudali portano insita la necessità di essere sottoposte agli usi civici, mentre invece sarebbero state invase dal carattere feudale le terre già sottoposte o in via di essere sottoposte agli usi popolari. Le teorie umane della scuola napoletana, del resto, erano appropriate solo per le terre del Mezzogiorno, ove il feudo più tenacemente si era abbarbicato per la soprapposizione dei normanni e degli svevi alla popolazione indigena: ai tempi nostri non si deve che favorire la costituzione di proprietà indipendenti sorrette da una bene intesa cooperazione tra gli aventi lo stesso interesse. Le leggi del 1888 e del 1890 per gli usi civici, a loro volta, non proclamarono che teoricamente il principio della libertà della proprietà territoriale; e oltre a ciò, ammettendo la possibilità di dare agli utenti un compenso di affrancazione in terre, si venne sostanzialmente a limitare il terreno sottoposto all'uso e nel tempo stesso si aggravarono

Digitized by Google

le riorganizzate utenze di imposte fondiarie, mentre l'aumento progressivo di popolazione lascia sempre intravvedere minaccioso l'avvenire. Così l'affrancazione degli usi per parte degli utenti, malgrado la conferita personalità giuridica alle relative associazioni, fu poco e male effettuata; e per rimediare a questi inconvenienti pratici, si avvisò (dal CALISSE soprattutto) ad un cambiamento di mezzi, distinguendosi tra usi istituiti su terre pubbliche o comuni e usi istituiti su terreni di privati o particolari (che dir vogliasi seguendo l'espressione della legge del 1888).

Per i primi, storicamente più sicuri, economicamente più utili e giuridicamente più uniformi, si propende per la costituzione di proprietà collettive alle quali risponda un collettivismo di coltivazione agricola, completato dalle altre istituzioni agrarie (comprese quelle di credito): per i secondi, la loro dimostrazione si vuole affidata al titolo o alla consuetudine senza correre a presunzioni neppure desunte dal carattere feudale. La Commissione ministeriale fissò alcuni criteri di stima delle servitù, perchè siano tenuti presenti dalle Giunte arbitrali per la liquidazione delle indennità dovute così ai proprietari come agli utenti e per la determinazione del canone da pagarsi dagli utenti ai proprietari in corrispettivo della cessione di tutto o parte del fondo gravato da servitù: e, quanto ai dominii collettivi, riconobbe che l'istituto creato dalla legge del 1894 dovesse integrarsi e disciplinarsi con dare alle associazioni degli utenti un indirizzo più pratico e meglio rispondente ai bisogni delle popolazioni ed ai dettami della moderna agricoltura, dichiarandone per legge inalienabile e imprescrittibile il patrimonio ed affidandone la diretta sorveglianza al Ministero per lo scopo di dare a questi enti unità d'indirizzo ed efficacia di educazione civile tra le popolazioni più bisognose delle campagne.

La questione intanto, in occasione della discussione dell'ultimo bilancio di agricoltura si venne acuendo di nuovo, tra una censura e l'altra alla pretesa inerzia del Ministero: si reclamava ad alta voce la sistemazione dei demanii comunali, ormai più che secolare; s'invocava un ravvicinamento alle tradizioni storiche del Mezzogiorno e si scongiurava il pericolo dell'estensione alle provincie meridionali di leggi

Digitized by Google

fatte per le ex-provincie pontificie e pel Lazio, dove gli usi civici non sono che semplici diritti d'uso (della specie del *vidazzone* e dell'*ademprivio* sardo, nonchè del *pensionatico* e del *vangativo* veneto, risalenti o ai barbari che li lasciarono in compenso ai vinti già proprietari delle foreste, o ai feudi, ma sempre limitati alle proporzioni dei bisogni degli utenti stessi), diritti misti e accessori delle proprietà, ma bensì diritti alimentari *iure civitatis* a carico delle infeudazioni. Si richiamava la legge 2 agosto 1806, n. 130, abolitiva delle feudalità nelle provincie napoletane, la quale ebbe a rivendicare nell'articolo 15 (1) gli usi civici usurpati in danno delle popolazioni, mentre le istruzioni 10 marzo 1810 completavano la materia: e infine fu notato che si mantenne nel Mezzo-

(1) Dice quest'articolo: « I demanii che appartenevano agli aboliti feudi resteranno agli attuali possessori. Le popolazioni egualmente conserveranno gli usi civici, e tutti i diritti che attualmente posseggono su dei medesimi, fino a quando di detti demanii non ne sarà con altra nostra legge determinata e regolata la divisione, proporzionata al dominio e diritti rispettivi. Intanto espressamente rimane proibita qualunque novità di fatto ». Poi vennero la legge 1° settembre 1806, n. 185, sulla ripartizione dei terreni demaniali, e il regio decreto 20 giugno 1808, per la conversione dei redditi prediali ex-feudali in canoni pecuniari, e per la loro redimibilità; e il regio decreto 3 settembre 1808, n. 223, contenente le istruzioni pel pronto adempimento della legge 1° settembre 1806, e il regio decreto 20 novembre 1809, n. 515, ordinante ai detentori dei beni demaniali la rivela dei medesimi e la esibizione dei titoli, prescrivente pene pei contravventori ed usurpatori, e il regio decreto 17 gennaio 1810 contenente il regolamento per la commutazione in denaro delle rendite ex-feudali e per la ricompra di ogni rendita perpetua e l'istruzione n. 589 da eseguirsi dai commissari incaricati col decreto 23 ottobre 1809, per la divisione dei demanii; e ministeriali e decreti diversi.

Allo scopo di accelerare la divisione dei beni comunali (poichè per l'art. 5 della legge 1° settembre 1806 *nei demanii di proprietà dei Comuni, detti volgarmente universali, quelli che come baroni ne avevano l'uso civico*, dovevano averne *una porzione eguale a quella del comunista* provvisto *di quantità maggiore;* per l'art. 6, *i demanii controversi, quelli cioè la cui natura feudale o comunale non* fosse *ancora definita*, si dovrebbero dividere *secondo lo stato del possesso attuale e qualora la decisione dei magistrati dichiarasse le suddette terre, avute come comunali, di diversa natura, il diritto del nuovo possessore* doveva *versarsi sui canoni e non sulle terre;* per l'art. 7, i demanii provvisorii dovevano *dividersi tra quelle università o altri possessori che vi* rappresentavano *diritti civici, l'importo di tali diritti* formava *la norma del ratizzo da assegnarsi rispettivamente;* per l'art. 9, *le terre divise*

Digitized by Google

giorno l'uso civico del pascolo sui demanii comunali incoltivabili, e per legge 2 dicembre 1861 si autorizzava una tassa limitata per la introduzione del bestiame al pascolo, a favore

---

dovevano ritenersi *proprietà libere dei cittadini, sotto il peso del canone*) furono nominati commissari ripartitori, ripromettendosi dall'opera loro la regolarità di un'operazione che fosse per influire felicemente sulla prosperità del regno e specialmente sulla sorte della più numerosa classe dei sudditi. Le facoltà dei commissari ripartitori, unificato lo Stato italiano, generalmente e prima per la sola Sicilia, furono poi affidate singolarmente agli intendenti (oggi prefetti) delle provincie per la provincia rispettiva. L'istruzione 589 del 10 marzo 1810 per la divisione dei demanii è specialmente importante nel titolo 3° (*separazione in massa delle terre demaniali tra i padroni di esse e i Comuni per gli usi che questi vi rappresentano*) e nel tit. 4° (*suddivisione delle terre divise fra i cittadini*). Vi si parla di *usi civici dei Comuni sui demanii degli ex-baroni e delle chiese* e questi usi sono divisi in classi: 1ª *usi civici essenziali che riguardano lo stretto uso personale necessario al mantenimento dei cittadini;* — 2ª *usi civici utili, che comprendono, oltre l'uso necessario personale, una parte eziandio d'industria;* — 3ª *usi civici dominicali, che contengono partecipazione ai frutti ed al dominio del fondo.*

Alla prima classe si ascrivono il pascere, l'acquare, il pernottare, coltivare con una corrisposta al padrone, legnare per lo stretto uso del fuoco e degli istrumenti rurali per edifizi, cavar pietre e fossili di prima necessità, occupare suoli per abitazioni; alla seconda (oltre gli usi suddetti) anche gli altri di utilità, come legnare indistintamente, raccorre ghiande cadute o castagne, pascere per uso proprio col padrone sia in tutto sia in parte del demanio, scuoterne anche i frutti pendenti, immettervi gli animali a soccio, cuocere calce *per mercimonio*, essere preferito ai compratori stranieri nella vendita o consumo dei frutti del demanio (*ius praelationis* o *protimeseos*); alla terza il far piante ortalizie senza prestazioni, seminare grano per uso proprio o marzatici indistintamente, senza corrisposta o con corrisposta tenuissima a solo titolo di ricognizione di dominio (dunque quasi un'enfiteusi parziale!) o signoria feudale, partecipanza al diritto di fida o diffida o all'utilità dei terraggi o delle coverte e dei frutti che si vendono, annua fissazione della corrisposta dei cittadini al padrone diretto per ghiande, castagne e simili. Il *minimum* del compenso per gli usi essenziali fu fissato nel quarto di tutto il demanio; per gli altri nella metà fino ai due terzi e ai tre quarti in benefizio del Comune, con assorbimento anche del compenso per gli usi essenziali, se concorrano gli uni cogli altri in tutto o in parte in un medesimo demanio. Altre istruzioni agli intendenti per lo scioglimento delle promiscuità e per la ripartizione delle terre demaniali al di là dal Faro furono impartite l'11 dicembre 1841, con regio decreto 7096. All'art. 4 di queste istruzioni si dice che la legge riconosce due classi di promiscuità: il condominio e le servitù acquistate; le une e le altre generali o particolari, secondochè cadono sopra intieri tenimenti dei paesi messi in comunione, oppure su di una parte più o meno grande di tali territori promiscui. All'art. 10

Digitized by Google

dei Comuni; mentre fu pure riconosciuto, per quanto sovente capziosamente impedito, l'uso civico di legnare il secco nei boschi comunali. Questa legislazione del Mezzogiorno fu con-

---

si spiega che sotto il nome di demanii o di terre demaniali degli ex-baroni o delle chiese s'intendono tutti i territori aperti, colti od incolti, dei medesimi, soggetti agli usi dei cittadini in tutto il corso dell'anno o in una parte solamente di esso. All'art. 11 si ripete la classificazione di usi civici *essenziali*, *utili* e *domenicali* dell'art. 11 dell'istruzione 589, colle identiche esemplificazioni. L'art. 16 dispone che nello scioglimento delle promiscuità e nella compensazione di tutti gli usi civici si abbia riguardo solamente allo stato possessorio; permettendosi però ai Comuni in mancanza del possesso di poter provare con titolo posteriore al 1735 gli usi civici che potessero loro competere sulle terre ex-feudali. Per l'art. 17 il *minimum* del compenso fu lasciato nel quinto di tutto il demanio per gli usi essenziali e in una proporzione dal quarto ai due terzi per gli usi utili e i domenicali. Inoltre la procedura, che prima era distribuita in disposizioni diverse, fu unificata nelle istruzioni del 1841, dove è notevole quanto si dice all'art. 18, circa la coltivazione decennale nei demanii: coltivazione che dà ai coloni il diritto all'inamovibilità. Relativamente a questi coloni perpetui i demanii si distinguono in due classi: quelli dei quali l'intiera superficie si trovi occupata dai coloni perpetui; gli altri occupati per una parte sola, e che questa sia continua, o che sia interrotta per colonia disseminata nell'intera continenza del demanio.

Nel primo caso, dovendo riputarsi per regola generale l'erba divenuta di proprietà dei padroni dei fondi anche superficiarii, si ritiene cessato ad un tempo e il diritto alla fida e la partecipazione agli usi. E tranne la corrisposta che i coloni debbono pagare agli ex-baroni a titolo di canone enfiteutico in denaro e che è redimibile, essi coloni sono reputati domini utili delle loro rispettive porzioni ed ogni servitù rimane estinta. Nell'altro caso cadrebbe in divisione la parte non occupata ed i coloni perpetui dell'altra sarebbero riguardati come ogni altro possessore di dominii utili. Questo si ricava dall'art. 18: nell'art. 24 poi si avverte di non confondere colle terre demaniali e colle difese quei fondi cui fosse ammessa qualche servitù reale, come di passaggio, di via, di acquedotto. Per l'art. 25 poi le regole stabilite per la compensazione degli usi civici non si applicano agli usi esercitati dalle popolazioni sopra i feudi separati dal proprio tenimento. La materia delle demanialità dei vecchi Stati italiani, anche in rapporto col tema degli usi civici, è quasi una vastissima foresta, nella quale, per il Mezzogiorno specialmente, predomina la pianta feudale. Si sono versati fiumi d'inchiostro e rivi di giurisprudenza diversa su questa materia così scabrosa e così intimamente connessa colle vicende storiche delle popolazioni, nè quì è il caso di fare o riprodurre una trattazione esplicita della materia. Il tema degli usi civici non si poteva presentare sotto un aspetto proprio e staccato dalle figure della feudalità, che nelle provincie dell'ex-Stato pontificio alle quali si riferisce la legge abolitiva del 1888.

Digitized by Google

siderata come evidentemente eccezionale: e, quanto ai demanii comunali, s'insistette nella necessità di non privare i Comuni meridionali della rendita annua proveniente dal loro affitto mercè la costituzione di enti collettivi ed associazioni non atte a subentrare nei diritti tanto dei Comuni quanto delle popolazioni rispettive.

La cattiva prova della quotizzazione si volle ascrivere alla non applicazione dell'art. 64 delle istruzioni 3 luglio 1861, per agevolare le condizioni dei quotisti, e all'ammissione della libera vendita od ipotecabilità delle terre quotizzate prima del ventennio imposto come termine al divieto, alla tolleranza degli affitti ultra-quadriennali e dei contratti simulati e delle anticresi: si reclamò, a tutela degli interessi dei Comuni e dei cittadini, la necessità di accertare la residuale consistenza dei demanii comunali senza trasformarli in beni patrimoniali per mettere alla porta il nullatenente e senza gravare la condizione dei detentori di poche are di terreno coll'obbligo di reintegrarle invece d'intavolare la questione coi grandi occupatori; il riordinamento degli archivi demaniali si sostenne doversi completare collo studio dei titoli e documenti necessari, nonchè colla semplificazione della procedura demaniale. A questi desiderati, resi sempre più urgenti e complicati dalle continue agitazioni in parecchi Comuni del Lazio per i demanii collettivi, provvide la Commissione, provvide il Governo col disegno di legge per *provvedimenti sull'affrancazione dei terreni dagli usi civici e sull'esercizio di questi* (usi), presentato alla Camera dei deputati nella seduta del 27 novembre 1906? La relazione ministeriale che lo precede comincia col constatare i dissensi amministrativi e i disordini agrari sorti nell'applicazione delle tre leggi del 1888, del 1891 e del 1894, le quali demolivano il passato, ma non avevano cura di ricostruire uno stato presente sufficientemente solido e conveniente per le esigenze delle popolazioni: e, dopo aver detto che la Commissione nominata nel 1905 attendeva con diligenza al còmpito propostole in guisa da assicurare una sollecita conclusione, esternava il dubbio che per le vicende parlamentari venisse ad essere ritardata l'approvazione di una legge riformatrice. Questa circostanza, aggiunta allo stato d'incertezza e di paralisi così dell'organismo giudiziario che dell'amministrativo in tutte le funzioni

Digitized by Google

attinenti all'applicazione delle leggi sottoposte a studio per modificarle (non volendo gli interessati pregiudicare con atti irrevocabili il conseguimento dei maggiori vantaggi, sperati specialmente dagli utenti), con molteplici domande di rinvio e mezzi dilatori, anche quando si tratta di semplice controversia sull'abolizione degli usi civici e sull'assegno del corrispettivo, impacciavano e rendevano incerta l'azione delle Giunte arbitrali; e, a parere del Ministro, rendevano necessaria l'adozione di qualche provvedimento provvisorio per impedire da un canto che le affrancazioni continuassero ad effettuarsi con criteri non del tutto conformi ai fini della legge e per ristabilire dall'altro canto la calma e l'accordo. La Commissione stessa, pur non ritenendo opportuno sospendere intieramente l'applicazione delle tre leggi, avrebbe tuttavia riconosciuto la convenienza di emanare provvedimenti transitori per sospendere unicamente la liquidazione e l'assegnazione delle indennità agli aventi diritto e che quelli potessero essere adottati o ad istanza delle parti o d'ufficio, tanto a procedimento corrente di affrancazione quanto a procedimento non ancora iniziato; salvo a lasciare in vita il giudizio di cognizione e gli atti necessari all'accertamento dell'esistenza e dei limiti degli usi civici da affrancare.

Gli art. 1 e 2 del disegno di legge infatti hanno per iscopo di sospendere la trasformazione degli usi civici e di lasciare che essi in fatto e in diritto continuino a rimanere quali sono fino a che non sia compiuta la riforma di tutta quanta la materia. Quanto alle affrancazioni dovute a transazioni tra proprietari e utenti, da omologarsi ad opera delle Giunte arbitrali, sembrava dapprima che non si dovesse negare a tali patti la sanzione legislativa; ma si osservò che, essendo sospesa l'affrancazione obbligatoria, sarebbe venuto a mancare l'unico movente per gli accordi delle parti, ossia il risparmio di una pronuncia della Giunta, che del resto in attesa delle nuove norme, ciascuna delle parti stesse poteva sperare in avvenire più consentanea ai proprii interessi di qualsiasi transazione precipitata. Del resto l'esperienza ha dimostrato che l'intervento delle Giunte arbitrali nelle composizioni amichevoli non potrà dare gli attesi frutti, perchè nei conflitti agrari le parti difficilmente si mostrano disposte alla ragio-

Digitized by Google

nevolezza delle pretese; anzi più volte inaspriscono il loro conflitto complicandolo colle lotte politiche e colle lotte amministrative: e si hanno difatti esempi di rifiuti opposti agli inviti delle Giunte arbitrali per l'amichevole componimento. E le difficoltà aumentano allorchè gli utenti sono molti e quindi a stento possono essere indotti a sottomettersi spontaneamente ad una decisione arbitrale. Ed ecco come il disegno di legge conferisce carattere obbligatorio all'attribuzione della Giunta consistente nel regolamento provvisorio dell'esercizio degli usi civici contestati (attribuzione da esplicarsi secondo determinati criteri meno ristretti di quelli adottati in simili controversie dai magistrati ordinari), quasi come una forma di *modus vivendi* per evitare le rivendicazioni tumultuose e violente. Così la qualità di amichevole compositrice attribuita dall'art. 2 del testo unico 1891 alla Giunta arbitrale per il solo giudizio di affrancazione rimane estesa alla cognizione dei reclami e delle controversie per l'esercizio attuale e temporaneo degli usi, sulla cui entità e sul cui corrispettivo in seguito deve pronunciarsi la Giunta stessa: lo che non significa creare in essa una nuova magistratura, bensì soltanto *ricondurre sotto l'impero di una giurisdizione e di una magistratura già stabilita l'esame ed il giudizio sopra elementi e fatti nuovi, ma intimamente connessi alla materia già attribuita alla magistratura medesima.* Soltanto si potrebbe dubitare che la facoltà attribuita alle Giunte di conciliare le controversie agrarie possa trovarsi in contrasto coll'istituto dell'azione possessoria; ma invece si deve rispondere che una tale facoltà costituisce una giusta integrazione dell'azione possessoria in materia di usi civici e tende ad eliminare una disuguaglianza derivante dal diverso modo in cui si esplicano i diritti del proprietario e quelli degli utenti. Del resto l'articolo 3 ammette tanto i proprietari quanto gli utenti a chiedere l'intervento conciliativo delle Giunte, e in ogni caso anche trovandosi in corso il giudizio di cognizione; e il testo stesso, coll'art. 5, disciplina l'esecuzione di queste maggiori funzioni conciliative attribuite alle Giunte, mentre l'art. 6 regola la questione delle spese, che si fanno anticipare dalla parte istante e si riducono al minimo mercè l'esenzione da ogni tassa di bollo e registro, per evitare difficoltà giudiziarie e

Digitized by Google

perturbamenti d'ogni specie, in questioni attinenti all'ordine pubblico.

L'ultimo articolo, ossia l'art. 7 (poichè di tanti articoli consta appunto la legge) dà alla Giunta anche la possibilità di fare eseguire le notificazioni nella forma più semplice, caso per caso; senza che per questo si abbia a temere necessariamente la possibilità di atti irregolari. La relazione ministeriale concludeva che il disegno presentato non solo avesse lo scopo d'impedire deplorevoli contratti, nel periodo di preparazione della legge, ma anche quello di preparare meglio l'ambiente sul quale dovranno in seguito operare le nuove disposizioni relative agli usi civici. Veramente la chiusura della relazione sembra piuttosto ottimista. Ad ogni modo il fatto che per l'art. 4 del progetto, in mancanza di accordo tra le parti (nel qual caso se ne darebbe loro atto con verbale avente forza di decisione provvisoriamente eseguibile), la Giunta decide inappellabilmente sopra sommarie informazioni circa il riconoscimento, l'esercizio e la determinazione dei compensi temporanei per gli usi civici, nonchè circa le corrisposte e le garanzie: questo fatto, temperato dal successivo art. 5 che esclude tale competenza conciliativa ed extraconciliativa nei casi di sentenze passate in giudicato o di contratti debitamente approvati (ed anche ammette la revocabilità di tali provvedimenti provvisori per la sopravvenienza di una decisione irrevocabile circa l'esistenza, i limiti e la natura delle servitù in parola), dimostra che il legislatore ha voluto accentuare anche più la parte rilasciata all'istruttoria delle Giunte, nei limiti delle contestazioni dinanzi ad essa impegnatesi tra le parti.

Del resto, non è facile seguire la Commissione per gli usi civici nel corso dei suoi lavori legislativi preparatorii. Varie questioni la Commissione si propose ed ebbe a risolvere. Per esempio, si è pervenuti ad ammettere l'esercizio di un rapido giudizio conciliativo dinanzi alla Giunta arbitrale per regolare l'esercizio temporaneo o provvisorio degli usi civici: e questa proposta si deve più che altro allo scopo di evitare i disordini deplorati nei territori della provincia romana e la imprevidenza che si è lamentata come causa e origine dei disordini stessi. Or dunque, di fronte a quest'azione provvi-

Digitized by Google

soria della Giunta doveva sorgere e sorse effettivamente dubbio, in seno alla Commissione, se dovesse conservarsi ai proprietari la facoltà di ricorrere alle azioni possessorie contro le invasioni violente degli utenti. La maggioranza della Commissione ha dunque soppresso ed escluso in tal caso l'esercizio delle azioni possessorie, forse ritenendo una specie di contraddizione o di conflitto implicito nella duplice competenza contemporanea: della Giunta per la sistemazione provvisoria od esercizio temporaneo degli usi civici, e dell'Autorità giudiziaria ordinaria per la sistemazione dello stato possessorio di quei beni che si pretendono sottoposti alle servitù od agli usi civici. Evidentemente, il giudizio conciliativo dinanzi alle Giunte arbitrali è accordato agli utenti e le azioni possessorie contro gli invasori violenti sono accordate ai proprietari. Sono dunque azioni d'indole diversa e diverse anche per la qualità e posizione giuridica delle persone alle quali ne è accordato l'esperimento; quindi, sotto questo punto di vista, non v'è nulla d'incompatibile quanto alla loro coesistenza e contemporaneo esercizio. Ma vi è una contraddizione sostanziale forse? Partiamo dall'ipotesi della contemporaneità rigorosa delle due azioni: da un canto gli utenti chiedono alla Giunta l'ammissione e il regolamento dell'esercizio temporaneo dei loro diritti; dall'altro i proprietari ricorrono in possessorio dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria lamentandosi di essere stati vittime d'invasioni violente. La Giunta ammette o regola l'esercizio temporaneo dei diritti oppure regola soltanto ma regolando ammette implicitamente; il pretore accoglie l'azione possessoria e di spoglio promossa dal proprietario contro l'utente (*spoliatus ante omnia restituendus*). Insomma che cosa ne resulta dall'azione di questi due provvedimenti contemporanei o quasi contemporanei: la servitù, l'uso civico si può o non si può esercitare, e dentro quali limiti e con quali regole? Evidentemente, noi ci troviamo in presenza di una contraddizione, di un conflitto sostanziale; e il legislatore deve assolutamente decidersi per un metodo o per l'altro; per una o per altra soluzione. Quindi, per coerenza logica, si dovrebbe trattare di sopprimere o le azioni possessorie o il giudizio conciliativo di temporaneità d'esercizio dell'uso dinanzi alla Giunta; o per lo meno non

Digitized by Google

ammettere l'esperimento delle azioni possessorie, se non dopo tentato inutilmente il giudizio conciliativo della Giunta stessa. Con ciò resterebbe evitata ogni contraddizione: perchè, o le parti si conciliano dinanzi alla Giunta sul terreno di un esercizio temporaneo del diritto o servitù di uso, ed allora manca interesse ad ogni qualsiasi reclamo in sede possessoria del proprietario che ha prestato il consenso in sede conciliativa dinanzi alla Giunta stessa; o le parti non si conciliano dinanzi alla Giunta oppure ricorrono alla Giunta stessa dopo l'esperimento del giudizio possessorio, e allora s'intende che, mentre nel primo caso è logico per il proprietario di provvedersi in sede possessoria persistendo l'altro nell'uso della servitù, nel secondo la Giunta può benissimo interloquire, salvo il rispetto della cosa giudicata. Notisi però che la minoranza della Commissione per gli usi civici comincia coll'infirmare i principî della legge abolitiva del 1889, mettendo in luce i gravi danni che ridondano alle popolazioni per la soppressione di tali usi secolari dai quali le popolazioni stesse ritraevano il bisogno per vivere. Insomma quelle belle espressioni, piene di ostentata modernità, che infioravano la relazione Zucconi e che sembravano l'eco degli scritti di Pietro Arduino e di Carlo Cattaneo, non sarebbero che miraggi dovuti a teorie più o meno ingegnose ma sempre lontane dal vero e dal concetto di pratica opportunità: esse avrebbero fatto assolutamente il loro tempo, tanto che oggi si dovrebbe tornare quasi a battere la strada opposta. Ora, dal momento che si è promesso di regolare questa materia a fine d'anno provvedendo legislativamente a restituire in vigore una quantità di usi che si trovi in armonia colle necessità economiche effettive delle popolazioni (ricorrendo insomma ad una forma larvata e dissimulata di restituzione o ricostituzione degli usi stessi pur senza infirmare teoricamente il concetto teorico dell'abolizione, ma riducendolo quasi al nulla in pratica mediante il sostituirsi del concetto della sistemazione a quello dell'abolizione vera e propria), sembra alla minoranza della Sottocommissione essere inutile, anzi pericoloso, dar mano ad una sistemazione provvisoria per i pochi mesi che restano da ora (1) alla fine dell'anno. Perchè,

(1) Siamo al 13 maggio 1907.

Digitized by Google

si dice, se allora sarà presentato un disegno di legge organico, specialmente per quanto riguarda l'istituzione di un nuovo speciale giudizio dinanzi alle Giunte arbitrali, allo scopo di regolare amichevolmente e di comporre l'esercizio temporaneo degli usi civici in caso di contestazione: o il giudizio dovrà essere diligente, lungo e laborioso, ed allora mancherà a quella sollecitudine che è nei voti della legge; o vorrà essere rapido e sommario, e allora verrà meno all'altro scopo di evitare errori e inesattezze pratiche. Ora, siccome le decisioni temporanee o provvisorie della Giunta possono essere revocate dalle decisioni definitive della Giunta stessa sul medesimo oggetto, *re melius perpensa;* così esisterebbe sempre la possibilità di ammettere provvisoriamente gli utenti all'esercizio degli usi civici e poi, in forza di una posteriore sentenza definitiva, espellerli o revocarli dall'esercizio stesso, con grave perturbazione della loro economia privata e colla possibilità di gravi disordini anche collettivi in mezzo a popolazioni, le quali, come quelle del Lazio, non siano neppure estranee a questi disordini per la causa medesima. Oltre a tale questione d'importanza relativa al tempo, la relazione presentata dalla minoranza della Commissione per gli usi civici (1) accenna alla questione delle azioni possessorie, che il disegno di legge della Commissione vuole soppresse, ma che la minoranza della Commissione stessa vorrebbe conservate (s'intende sempre nel caso di violenza o di frode) per tutelare i legittimi possessori dei fondi da quelle invasioni, che popolazioni rurali poco civilizzate possono bene spesso preferire (e lo hanno dimostrato già coi fatti) ai mezzi pacifici e legali; tanto più quando, proprio per comodo degli utenti, s'istituisce una forma di giudizio rapido e quasi sommario allo scopo di dare una sistemazione immediata, per quanto provvisoria, a tali usi nei rapporti tra proprietari dei fondi e utenti sui fondi stessi.

L'invasione violenta è cosa cattiva tanto se precede quanto se sussegue al pronunciato provvisorio della Giunta per effetto di questo nuovo giudizio istituito per regolare le cose prima della sistemazione definitiva: anzi, quando intervenga dopo una pronuncia in questo senso che sia contraria agli

(1) Relatore l'on. ALFREDO BACCELLI.

Digitized by Google

usi, evidentemente apparisce consumata in spreto alla legge e al rispetto che i cittadini sono tenuti per lo meno a mostrare verso le risoluzioni del giudice, sia questo o no togato. Considerazioni giuridiche, economiche, civili e sociali rafforzano adunque il concetto espresso dalla minoranza della Commissione. Osserva il relatore che, dopo l'affrancazione degli usi civici. nel Lazio specialmente è mancata la terra ai coltivatori; e però essere conveniente dare con agevolazione di mutui e con facoltà di espropriazioni il modo ai Comuni od alle università agrarie di avere la superficie necessaria pel lavoro della popolazione: lavoro da coordinarsi con istituzioni locali di credito agrario e coll'opera delle cattedre ambulanti di agricoltura, per diventare razionale e segnare un vero progresso pei nostri paesi, e specialmente per l'agro laziale. La relazione conclude invocando la sollecita presentazione d'una legge organica diretta a dare lavoro alle popolazioni campestri e ad un tempo a restituire alla proprietà la conveniente sicurezza; senza di che ogni progresso sarebbe impossibile e il problema resterebbe tuttora irrisoluto e si ritornerebbe ben presto agli antichi inconvenienti. Ora, quanto è a noi, l'opinione nostra è che in materia cotanto delicata non convenga aver fretta e non sia il caso di ricorrere a sistemazioni provvisorie di nessuna specie; perchè queste sistemazioni, mentre da un canto acuiscono i desideri delle plebi rivolte piuttosto al beneficio presente che alla previdenza per l'avvenire, dall'altro addimostrano una specie di paura dei governanti a causa delle agitazioni popolari. Si ha un bel dire che gli utenti i quali invadono le terre più o meno ex-baronali non debbono essere trattati come volgari aspiranti alla spogliazione illegale e violenta; si ha un bel pretendere che si accordi anche a costoro l'illusione del possesso per contentarli e burlarli ad un tempo: proprietari ed utenti hanno del pari diritto di ripromettersi e di domandare che ogni ulteriore indugio ormai rimosso, si dia finalmente la misura dei loro rispettivi diritti e si ponga fine una buona volta alle situazioni precarie le quali si sono protratte e si protraggono ormai più del necessario per timore di responsabilità e forse anche perchè la soluzione non è facile. È cosa da romanzieri e non da giuristi dar vita e vi-

Digitized by Google

gore alle illusioni, per quanto queste siano le padrone della vita affettiva degli individui e delle masse: il possesso non è nè può essere un'illusione, anzi è quanto può immaginarsi di più opposto alle illusioni e di più contrario ai sogni. Il possesso giuridico domanda certi requisiti che hanno lasciato traccia di discussione e di studio su tutte le cattedre e su tutti i trattati di diritto civile e di filosofia del diritto privato: si sono affaticate menti elette, si sono versati fiumi d'inchiostro, si sono svolte polemiche pazienti tra varie scuole e tra vari indirizzi, si sono sperimentate e applicate le teorie più varie e disparate per avere spiegazione organica delle varie applicazioni pratiche, sono corse persino insolenze e invettive tra scrittore e scrittore senza animo di offendere e collo scopo purissimo di ricercare la verità. Tuttociò forse si è fatto e si è stentato perchè le plebi avessero a crearsi delle illusioni e perchè i governanti avessero a favorire queste illusioni sotto la bandiera del diritto? Si acuisca pure il sofisma politico in cerca d'illusioni giuridiche: le popolazioni utenti e i proprietari hanno diritto alla fine di chiedere allo Stato che, per mezzo dei suoi organi giudicanti, dichiari per lo meno e additi alle une e agli altri quali siano i confini delle rispettive facoltà giuridiche; che cosa entrambi debbano patire, che cosa possano fare. Solo a questo patto le popolazioni ed i proprietari potranno stimare utile e rispettabile l'azione giuridica e politica dello Stato: altrimenti le une come gli altri avranno buona ragione di lamentarsi che si tenga poco conto dei loro interessi e che si voglia spingerli a tutti gli estremi i quali sono inevitabili quando si è tratti ad andare fuori della legge. Lo Stato, per ottenere il necessario rispetto, conviene che stia a suo posto e non declini alcuna responsabilità nel regolare e sistemare la sfera delle spettanze giuridiche tra cittadini e popolazioni, specialmente allorchè si tratta d'interessi collettivi e quando l'ordine pubblico è compromesso ed è rimasta scossa la sicurezza o per lo meno la tranquillità dei possessi.

78. La legge 2 luglio 1891, n. 381, e il testo unico 3 agosto 1891, n. 510, delle leggi 24 giugno 1888, n. 5489 (serie 3ª) e 2 luglio 1891, n. 381, per l'abolizione delle servitù di pascolo

Digitized by Google

nelle ex-provincie pontificie ormai dovrebbero fare esulare dai richiami della pratica la legge del 1888; ma pur tuttavia la memoria di questa ultima legge è forse più viva di quanto dovrebbe essere. E, prima di tutto, conviene notare che la legge 2 luglio 1891 non fece che ritoccare parzialmente gli art. 8 e 9 della legge del 1888, aggiungere una disposizione per integrare la rappresentanza in giudizio nel caso di conflitto tra Comune e utenti e autorizzare (com'era ben naturale) il Governo a fondere in un testo unico la vecchia con questa legge. Di vero furono apportate modificazioni agli articoli 8 e 9 per la costituzione e la competenza della Giunta arbitrale. La legge del 1889 (art. 8) aveva costituito la Giunta arbitrale circondariale del giudice anziano del tribunale come presidente e di due membri, l'uno scelto dal presidente del tribunale stesso e l'altro dal prefetto della provincia; e ciò senza dire quanto tempo una Giunta così per la prima volta composta dovesse rimanere in carica e senza assegnare supplenti nè al presidente nè ai membri della Giunta stessa. Il funzionamento pratico, o, per lo meno, l'inizio del funzionamento pratico delle Giunte pose il Governo nelle condizioni di vedere che l'esperimento portava seco qualche imperfezione facilmente emendabile. E, prima di tutto, al giudice anziano del tribunale, che spesso, come facente funzione di presidente del tribunale stesso, potrebbe trovarsi *in tutt'altre faccende affaccendato*, molto opportunamente fu sostituito un giudice qualsiasi da designarsi a capo di ogni anno sulla scelta del primo presidente della Corte d'appello territorialmente competente, insieme col giudice suo supplente. Il primo presidente della Corte d'appello ha ingerenza in questa nomina come l'ha nelle nomine dei giudici o dei consiglieri destinati a far parte di Commissioni speciali: la ragione consiste esclusivamente nella facoltà, anzi nel dovere, dello stesso primo presidente di distribuire il lavoro tra i membri del suo e dei collegi dipendenti, sia in rapporto coll'attitudine dei giudici come in rapporto colla quantità di questo e degli altri lavori tutti da disbrigarsi. La facoltà non è accordata al presidente del tribunale territoriale, non perchè nella sua azione non si possa avere garanzia d'imparzialità e di competenza (poichè, infine, il

Digitized by Google

primo presidente della Corte d'appello prima di far le nomine s'informa naturalmente dal presidente del tribunale rispettivo), ma perchè l'importanza della nomina in sè stessa sembra consigliare di darvi l'impronta quasi di una maggior solennità. Oltre a ciò non sarebbe conveniente che, siccome il presidente del tribunale sceglie uno degli altri membri effettivi e supplenti della Giunta e un altro per sorta ne sceglie il prefetto (il ragionamento correrebbe del pari se la scelta fosse devoluta al sottoprefetto del circondario), lo stesso presidente del tribunale a sua volta avesse a scegliere il presidente della Giunta stessa. E, siccome la scelta dei membri, affidata all'Autorità giudiziaria, non può essere fatta che dal presidente del tribunale territoriale (appunto perchè la Commissione è circondariale e non mandamentale); è evidente che la nomina del presidente non può provenire dalla stessa Autorità giudiziaria nè da una Autorità inferiore a quella del primo presidente d'appello. Forse la nomina di uno dei membri e del suo rispettivo supplente, affidata al Governo, avrebbe potuto devolversi al sottoprefetto e non al prefetto, per non spostare una specie di parallelismo tra presidente di tribunale e sottoprefetto, tra l'Autorità giudiziaria e l'amministrativa; ma si sa che i nostri ordinamenti amministrativi riservano ben poca iniziativa alle sottoprefetture nell'ingranaggio della stessa circoscrizione territoriale e nei confini modestissimi del rispettivo circondario. Perciò, se mai vi fu organismo fittizio o poco concludente, quello delle sottoprefetture lo è quanto mai ai nostri giorni, fino al punto che ci apparisce piuttosto come un ufficio d'istruttoria delle pratiche amministrative e d'informazione per conto delle prefetture, anzichè come un ufficio veramente efficace e fattivo, che sia dotato di qualche briciolo di vita propria di cui possa restare una traccia qualsiasi nella storia della vita del circondario. Non è dunque il caso di preoccuparsi della sostituzione dell'opera delle prefetture a quella (che sarebbe potuta apparire più logica) delle sottoprefetture; più che non sia il caso di preoccuparsi per vedere talora il primo presidente della Corte d'appello sostituito nell'azione del presidente del tribunale: e neppure è da supporsi che la scelta di un semplice membro effettivo e di uno supplente, affidata

Digitized by Google

al prefetto, lo ponga in condizioni nè d'inferiorità gerarchica nè di menomato decoro in confronto del primo presidente stesso, che designa il presidente effettivo e il supplente della Giunta arbitrale stessa. Per il presidente, del resto, non si è fatto che sostituire la designazione della scelta di un capo di collegio alla designazione *ope legis* del giudice anziano, senza vietare però ai primi presidenti di far cadere la loro designazione proprio sui giudici anziani dei rispettivi tribunali, appunto in omaggio al concetto ispiratore della legge del 1888 (art. 8). La legge del 1891 poi si è fatta premura di aggiungere che tanto il presidente della Giunta quanto i due membri titolari e i due membri supplenti possono essere rieletti: poichè non si saprebbe qual ragione opporre alla loro rielezione, ed è meglio che questa facoltà di rielezione risulti dal testo della legge stessa anzichè dall'interpretazione che vi si possa dare col sistema delle analogie o in base a principî generali di ragione. Se si volesse poi cercare la ragione dell'elezione annuale del presidente accanto alla biennale dei membri della Giunta, si troverebbe agevolmente nel sistema di ripartizione del lavoro dinanzi ai collegi giudiziari; poichè una tale ripartizione dinanzi ad essi si fa a principio di ogni anno, secondo l'esperienza dell'anno o degli anni precedenti e per ragioni anche materiali e quantitative dei vari lavori sbrigati e da sbrigare, arretrati e prevedibilmente in corso durante l'anno che comincia. Sarebbe troppo immobilizzare un giudice nella Giunta per il secondo anno, senza potersi ad un anno di distanza render conto anticipato del lavoro da sbrigarsi due anni dopo: l'atto sarebbe improvvido e poco pratico, come designazione esageratamente anticipata non come vero e proprio inconveniente constatato nel caso speciale; e perciò si evita in via d'impegno preventivo ma non vietando affatto la rielezione di quello stesso giudice per un altro anno e per una serie senza limiti di anni successivi o consecutivi, per quanto la consecuzione possa condurre ad un lungo o lunghissimo periodo complessivo di anni, tanto da far sembrare consolidate certe funzioni in un dato giudice del tribunale. Che anzi la continuità, lungi dal nuocere, sembra giovare per la ragione semplicissima che sovente la procedura di affrancazione e di sistema-

Digitized by Google

zione in genere si protrae per lungo tempo; e per di più gravi sono gli inconvenienti per la perdita di tempo che si incorre nella sostituzione di un arbitro ad un altro nel corso di una procedura già incominciata a svolgere e non ancora condotta alla fine. Altra innovazione introdotta nella legge del 1891 consiste nella sostituzione delle funzioni di segretario a quelle di cancelliere contemplate dalla legge del 1888. La funzione del cancelliere era troppo connessa all'idea di una procedura esclusivamente giudiziaria e forse non comprendeva chiaramente quella parte di attribuzioni amministrative vere e proprie, che consistono o possono consistere bene spesso nella corrispondenza istruttoria tra le Giunte e le Autorità governative locali o coi municipi per tramite di queste Autorità. Non si vollero imporre limiti pertanto all'azione delle Giunte stesse quanto al sistema istruttorio e allo svolgimento della corrispondenza necessaria per dare adeguata istruttoria alle singole vertenze, anche al difuori delle modalità designate dalla legge; e perciò si previde la possibilità e la opportunità di un servizio di segreteria che assorbisca pur quello di cancelleria. Del resto, lo stesso è accaduto riguardo agli altri organi del contenzioso amministrativo: le cancellerie sono divenute segreterie ed hanno esteso così il campo della loro azione: nel tempo stesso uffici giudiziari e amministrativi, rispecchiano meglio per tal modo anche nel nome l'indole delle proprie attribuzioni, le quali sono miste quantunque concorrano ad un fine unico, riguardo al quale, oltre le norme fisse procedurali, vi sono mezzi di ogni specie a scelta non solo degli interessati ma delle Giunte stesse nella loro azione autonoma *ex officio*, in base agli elenchi principali e suppletivi che loro sono trasmessi perchè adempiano alla loro missione. La legge 2 luglio 1891 modifica anche l'art. 9 della legge del 1888 e la modificazione consiste nella sostituzione alla espressione: *indispensabile per una popolazione*, l'altra: *indispensabile per la popolazione di un Comune o di parte di esso o per una universalità o associazione di cittadini*. La parola *popolazione*, senz'altro, è troppo lata e può cagionare qualche equivoco, anche gravi equivoci. S'intende per popolazione la *communitas civium*, ossia l'insieme di *tutti* i cittadini di un dato Comune rurale

Digitized by Google

o montuoso; oppure soltanto la classe agricola di questa popolazione, o una raccolta di classi, o di famiglie, o di frazioni territoriali; oppure una data frazione autonoma di Comune, od anche una frazione non costituita autonoma come tale? La legge del 1888 dava luogo a questi dubbi e li lasciava sussistere senza una soluzione: la legge 2 luglio 1891 si è mostrata più liberale ed è scesa fino all'universalità ed all'associazione dei cittadini, comunque (s'intende, dappoichè la legge non fissa gli estremi) una tale università od associazione non sia costituita in ente morale e non risponda a certe determinate forme o condizioni giuridiche. L'interesse di una collettività di fatto è tenuto dalla legge in grande e decisiva considerazione e la legge stessa lo ha riguardato del tutto obbiettivamente, cioè per il suo contenuto intrinseco: poichè che cosa potrebbe importare la costituzione dell'università od associazione in ente morale? Forsechè toglierebbe od aggiungerebbe nulla all'interesse collettivo di quella data associazione od università, oppure escluderebbe i fatti, oppure osterebbe all'accoglimento dei fatti stessi o all'adempimento dell'interesse nel campo giuridico e nella sfera della sistemazione delle servitù od usi civici?

Il riconoscimento che il potere esecutivo dovrebbe o potrebbe dare a queste associazioni od università come enti giuridici o persone collettive consisterebbe appunto nella constatazione che questi enti hanno un interesse di esistere come collettività per usufruire più convenientemente di un dato patrimonio o di certi diritti patrimoniali sotto forma ed in veste collettiva, anzichè individualmente *per capita*. E questo appunto è il caso nostro: il godimento collettivo, debitamente regolato per successione di turni, è appunto la ragione che ha ispirato le disposizioni favorevoli agli utenti; e il godimento collettivo già senz'altro accenna al benefizio di più persone, di parecchie persone le quali si trovino vicine ed abbiano comunione d'interessi. Il concetto si presenta dunque come doppio: prima di tutto s'intende parlare di più persone, di parecchie persone appartenenti ad una medesima città; persone ammesse *uti cives* al godimento delle servitù o degli usi, appunto nella loro qualità e per la loro qualità di cittadini, talchè, mancando di questa qualità o cessando

Digitized by Google

di possederla, essi non acquisterebbero il diritto relativo od acquistato lo perderebbero. Altra condizione è di formare una popolazione comunale o frazionaria di Comune, oppure una università od associazione di cittadini: poichè, per quanto si possa anche discutere sulla spettanza del diritto al *civis* come singolo, tuttavia la legge non ha voluto accordare lo speciale favore dell'art. 9 se non ai *cives* formanti una qualsiasi collettività, la quale come tale apparisca all'esame esterno e alle apparenze maggiori. Vi deve essere tra questi più cittadini un qualsiasi legame unitario, associativo o collettivo che dir si voglia: questo legame che rappresenta le forme di una personalità di fatto (la quale per l'art. 1 della legge 4 agosto 1894 sull'ordinamento dei dominii collettivi è riconosciuta *de iure* come personalità di diritto) si riconosce facilmente e dev'essere appariscente, perchè il legislatore non lo crea ma lo riconosce. Non pochi si domanderanno perchè il legislatore non si è preoccupato dell'interesse di molti cittadini *uti singuli cives* quanto ha dimostrato di preoccuparsi dell'interesse di pochi cittadini *uti universitas* ossia nella vita loro collettiva di fronte ad un fine unico e diretto ad una meta comune: la domanda è legittima e giusta, perchè accenna ad una stima o considerazione della quantità del diritto o dell'interesse, la cui qualità da un caso all'altro non cambia. E che sia questione di quantità anzichè di qualità risulta ad evidenza da ciò, che in entrambi i casi il diritto da esercitarsi è lo stesso: seminare, legnare, pascere, ecc. sopra una stessa estensione di territorio, con certi determinati limiti di luogo e di tempo e con certe modalità di esercizio, con esclusione degli stessi abusi e colla giustificazione degli stessi usi. Questo per la qualità: per la quantità, non è perfettamente la stessa cosa che cinquecento persone abbiano un dato diritto di uso *uti singuli cives* anzichè *uti universitas civium*, con un regolamento di uso per i singoli individui. La differenza è senza dubbio radicata nella storia e confermata dal lungo, talora lunghissimo e più volte secolare, uso: come dicemmo, queste collettività di fatto discendono spesso da antiche associazioni di classe costituite a scopo di resistenza contro la ferrea proprietà baronale, dotate di privilegi non di rado per concessione feudale o papale o im-

Digitized by Google

periale, e quasi sempre rispecchianti in loro stesse e quasi assimilanti una certa parte di forze e attività politica comunale. Rappresentanti di una forma di libertà storica, queste associazioni od università in genere, forse alleate con veri e propri elementi politici od amalgamate con associazioni politiche, non avevano d'uopo di mettere in piena luce l'indole dell'istituto così come avrebbe potuto essere giustificato dal diritto privato: eppure non si trattava di socialismo nè di collettivismo, ma di lotte politiche ed economiche parallelamente evolventisi e limitate alle piccole conquiste di ogni giorno per insensibile e paziente lavorio di lotte, piuttostochè dirette a quei grandi rivolgimenti politici e sociali che turbano profondamente l'ordine della società ed aspirano ad inaugurare qualche êra nuova in seno alla società stessa. Questa spiccata e caratteristica origine storica di tali associazioni di fatto costituisce il segreto della loro forza come collettività di fronte alla forza che potrebbero avere *uti cives* i singoli componenti delle associazioni stesse, isolatamente considerati. Il sentimento di una collettività come subbietto di diritti, o, meglio, il sentimento che hanno i singoli di potere agire e vivere e godere l'esercizio di una subbiettività giuridica attraverso ad una collettività grande che di per sè è persona completa, investe quasi i singoli componenti l'associazione od università stessa: e i componenti, nell'agire sia pure individualmente, hanno la forza e sentono la coscienza della collettività che li anima e li investe della posizione giuridica e del godimento di taluni diritti d'uso nel territorio dell'altrui proprietà. La qualità dunque del diritto o dell'interesse aumenta per ripercussione indiretta del diritto o dell'interesse della collettività: i due diritti e i due interessi si amalgamano quasi, si rinforzano l'uno coll'altro anzi l'uno sull'altro, senza perciò cambiare il loro contenuto essenziale. Questo rafforzamento, oltrechè conferma, degli interessi individuali attraverso agli interessi della collettività rappresenta certamente un fenomeno sociale, ma porta le sue conseguenze nel campo del diritto privato in forza di leggi storiche e sociologiche le quali non di rado percorrono anche il viottolo della politica di partito. La conseguenza è che uno stesso quantitativo di diritti o d'interessi, esercitati o vantati da individui singoli, non ha la

Digitized by Google

stessa forza dei medesimi diritti o interessi esercitati o vantati da individui singoli *uti cives* o *iure civitatis*, e molto meno dei diritti identici reclamati dagli stessi cittadini *uti cives* ma anche *uti universitas civium*, ossia come membri viventi ed essenziali di una collettività giuridica operante. L'organizzazione di fatto che si rivela attraverso all'azione e alla pretesa individuale non può essere disconosciuta come elemento storico, nè può essere dissimulata come sostrato di fatto, dal quale il diritto deve trarre il contenuto d'una posizione speciale. Non occorre tuttavia attribuire molta importanza al concetto di università od associazione di utenti; perchè, al di fuori di ogni tradizione od origine storica, tali associazioni od università possono anche costituirsi sul momento e proprio improvvisarsi per far valere il diritto, comune a tutti i suoi componenti, di ottenere l'affrancazione delle utenze dal dominio della proprietà. La legge non pretende che l'associazione sia costituita più o meno *ab antiquo*, nè che si perda nella notte dei tempi: altrimenti sarebbe occorsa una qualche espressione che alludesse a questa speciale condizione o riserva ulteriore o limitazione del concetto legislativo.

Or dunque, appena più utenti sono a cognizione delle nuove discipline, per invocarne l'applicazione si costituiscono immediatamente in associazione di fatto per lo scopo comune al quale li spinge il comune interesse e su questo terreno e per questo scopo giungono a produrre ciò che una collettività può produrre come quantitativo giuridico ed anche come qualità nel contenuto del diritto stesso. La legge del 1888 si era limitata a parlare di *una popolazione*, senz'altro: ma una popolazione, così senz'altro, deve necessariamente riferirsi ad un aggregato e l'aggregato legalmente riconosciuto non è che l'aggregato del Comune o di frazione del Comune stesso costituita in forma autonoma e con effetti legali. Questo però non è nei voti della legge del 1891 e non era neppure, può dirsi, nella legge del 1888: la popolazione di cui questa legge parla deve intendersi come una collettività qualsiasi, generalmente considerata ma costituita in comunione o cooperazione d'interessi, diretta ad una finalità unica la quale non si potrebbe raggiungere colla stessa facilità per le forze individuali separate. Sotto un punto di vista, la importanza ca-

Digitized by Google

pitale di tali associazioni od università deriva appunto dalla legge, inquantochè la legge per l'effetto di cui all'art. 9 non dà alcuna importanza ai diritti ed agli interessi dei singoli: ma ciò non significa punto che la legge dia vita ad una posizione giuridica fittizia od arbitraria, bensì che trova ragionevole e logica la distinzione di fatto che preesiste alla distinzione giuridica. Questo criterio legislativo è degno di grande approvazione; inquantochè non si può presumere che un semplice rapporto da privato a privato meriti una legge speciale e non possa essere sufficientemente regolato dal Codice civile, al quale si poteva magari tardivamente in questo caso fare una disposizione aggiuntiva per applicare su per giù all'affrancazione degli usi civici le regole adottate per l'affrancazione enfiteutica. Senonchè, trattandosi di collettività, la figura si presta ad una costruzione diversa; molto più poi quando si ha intenzione di dare riconoscimento giuridico a queste vecchie associazioni aventi radice e origine in condizioni storiche ormai riconosciute nella posizione di fatto del passato e nelle conseguenze del presente. Vero è che dobbiamo indugiarci fino al 1894, e cioè fino alla legge portante l'ordinamento dei dominii collettivi, per vedere con una disposizione legislativa, primo fondamento e base di tutta quanta la legge, stabilito il principio generale della personalità giuridica delle università agrarie, comunanze, partecipanze, associazioni a profitto della generalità degli abitanti di un Comune o di una frazione di un Comune o di una determinata classe di cittadini per la coltivazione o il godimento collettivo dei fondi o l'amministrazione sociale di mandre di bestiame, o degli utenti ai quali si assegnasse la proprietà collettiva dei fondi ai termini dell'art. 9 della legge del 1888, modificata nel 1891, o del testo unico dello stesso anno 1891.

A questa personalità giuridica, *ipso iure*, era inevitabile si giungesse appunto per giustificare la deroga fatta al diritto comune con una legge speciale, tratta fuori un po' dall'arsenale del diritto pubblico e non in tutto informata, nè principalmente, a criteri di diritto privato: e vi si doveva pervenire, poichè non v'era altro modo per distinguere nettamente il diritto dei singoli dal diritto della collettività. Ecco in quale senso l'ordinamento dei dominii collettivi completa la

Digitized by Google

sistemazione degli usi civici in base ad un principio misto tra l'abolizione e la conservazione degli usi stessi. E perciò l'aggiunta della legge del 1891, che porta il concetto di popolazione proprio sul terreno della collettività organizzata, costituisce un accenno al dominio collettivo ed un passo verso la personalità delle associazioni od università medesime: che se il legislatore fosse rimasto a mezza strada, non avesse cioè affrontato risolutamente il problema della costituzione in ente giuridico, restava sempre il dubbio se la popolazione o l'università fosse stata da lui considerata attraverso all'azione e alla personalità dei singoli, oppure di per sè stessa e con distacco dai suoi componenti individuali. Nè il considerare l'università attraverso il singolo è molto diverso, quanto alla costruzione giuridica, dal considerare il singolo attraverso all'università; la figura è inversa, ma il metodo è lo stesso. Si considera il singolo attraverso all'università quante volte, a mo' d'esempio, si dice e si ammette che il cittadino gode di un diritto, anche pubblico, *uti civis*, e cioè per la sua qualità o appartenenza ad una data circoscrizione amministrativa, ad un dato municipio anzichè ad altro municipio. Il *civis* in molti casi al diritto proprio aggiunge o può aggiungere lo *ius civitatis* (la qual cosa oggi talora si vede, e più si è vista per lo passato, rasentare persino i confini del campanilismo): perchè giunga a questo egli non deve peraltro rivestire ancora la personalità della *civitas* considerata come ente collettivo. Soltanto i suoi diritti di uomo, e cioè i diritti della personalità umana, in apparenza sono in lui aumentati, quantunque in sostanza non siano che determinati od individualizzati quasi per forza di concentramento: la qual cosa accenna ad un fatto necessario, dappoichè è impossibile che un cittadino dello Stato non sia anche cittadino di un qualche municipio, non essendovi nello Stato aggregazioni neutre, quasi città reali od imperiali d'una volta o (meglio) colonie romane della storia antica. La sua qualità di cittadino di un dato Comune di montagna può dare al cittadino il diritto di pascere o di legnare; ed allora l'*universitas* degli utenti si confonde colla *civitas* e questa con quella: ma talvolta la qualità di utente proviene oltrechè dall'appartenenza ad una data *civitas* anche dall'appartenenza ad una agglomerazione od

Digitized by Google

universitas più ristretta, che a noi può apparire ancora come una classe sociale, ma effettivamente d'ordinario non è più tale, perchè le classi sono scomparse dall'organizzazione politica ed amministrativa del nostro paese, nè il farle risorgere artificialmente potrebbe certo ritenersi opera di patriottismo. Queste associazioni pertanto, in ultima analisi, sono principalmente di natura economica, e cioè associazioni di fatto, gruppi che non sono la fonte del diritto ma la conseguenza dell'esercizio economico del diritto stesso nel modo più utile e seguendo la legge del minimo mezzo.

Il legame tra gli individui di una tale università non procede dunque dalla convenzione (tanto è vero che la legge trova senza regola e senza costituzione queste università e si affretta di stabilire e la regola e la costituzione per tutte esse, in generale), ma dall'interesse comune: e questo è il motivo per cui di tale complesso di persone cointeressate si vuol fare un ente organizzato e completo. E la legge vuole che questi soggetti di diritto non procedano disuniti, ma che, per meglio raggiungere l'unico fine economico che li sospinge, formino unità di forze e di sforzi, collettività di funzioni e di organismo, ingranaggio di congegni per una macchina giuridica sola. Si è bene apposto il legislatore italiano nella sua costruzione? Egli ha voluto in queste persone collettive rappresentare quasi altrettante fondazioni, perciocchè tali associazioni stesse non hanno altra ragion d'essere da quelle infuori dell'amministrazione e dell'erogazione pei singoli del godimento di quel dato patrimonio per il quale ogni singola associazione è stata costituita; poichè appunto la gestione di un tal patrimonio costituisce il motivo non principale nè concomitante, ma proprio unico, del provvedimento legislativo, e al difuori di questo scopo non vi sarebbe stato proprio alcun motivo per dar vita ad un ente fittizio. Ma senza dubbio i tempi che corrono non sono troppo propizi alle fondazioni, ossia all'immobilizzazione dei patrimoni, per i quali conviene dar vita ad una personalità naturalmente inesistente immobilizzando quasi questa personalità stessa coi fondi e quasi inchiodandola nei fondi medesimi.

In fondo poi si potrebbe osservare come, pure ammesso che all'esercizio delle servitù od usi civici non siano inte-

Digitized by Google

ressati tutti i cittadini ma una parte soltanto di essi, non si darebbe rappresentante più naturale e più legittimo dell'amministrazione comunale, la quale cura gli interessi della universalità dei cittadini e può anche curare gli interessi meno universali di una collettività speciale e più ristretta, ma tuttavia rientrante nell'orbita del suo territorio. Anzi, la tendenza dell'epoca consisterebbe nel dare questi usi ai meno abbienti, anche se si abbiano degli utenti già costituiti in associazione e se l'associazione stessa risponda tuttora ai fini per i quali fu costituita. E difatti, anche dato che l'associazione risponda ora ai suoi fini, in un avvenire più o meno remoto può non rispondervi più: la qual cosa accadrebbe anche se uno solo tra i consociati divenisse agiato in modo da non avere più d'uopo della piccola risorsa dell'uso o della servitù, e se taluno dei non utenti della servitù si trovasse in bisogno di ricorrere all'uso o servitù medesima. Questo noi diciamo partendo dal concetto della legge e dallo stesso intendimento del legislatore, non già da quella che potrebbe essere la nostra opinione in ordine ad una liquidazione o sistemazione completa di tali patrimoni o frazioni di utilità patrimoniali: poichè il legislatore appunto volle aver riguardo alle classi meno abbienti, sarebbe stato più coerente afferrarsi in tutto a questo concetto e disporre che a benefizio esclusivo dei meno abbienti ricadessero questi usi o servitù, senza alcun riguardo agli utenti attuali o alle associazioni storicamente costituite per l'esercizio di tali usi. Ed allora, data una soluzione così coerente, amministratore naturale di tali patrimoni, sia pure quanto al godimento dei soli usi civici, non avrebbe potuto darsi più naturale e più autorevole del Comune stesso o della locale congregazione di carità. Meglio però avere affidamento nel Comune, perchè si tratta appunto di usi *civici*, e la parola stessa sembra designare la competenza; ed anche perchè qui trattasi di diritti reali e non di elemosine nè di vero e proprio patrimonio dei poveri. Ed allora, riconoscendo in tali servitù od usi un carattere di quasi-condominio, o per lo meno il carattere di diritti reali, si verrebbe a metterli nella massa di un patrimonio comunale o demanio comunale, che potrebbe essere formato di tutte le attività reali, diritti pieni o frazionari della

Digitized by Google

proprietà, che possono considerarsi quale patrimonio non pubblico ma privato del Comune. E, incamerati una volta tali usi o servitù nel patrimonio privato del Comune, non vi è ostacolo a che il godimento di tali diritti, anzichè darsi a fitto per ricavarne una corrisposta periodica, si accordi a turno o con certe regole di divisione o di successione regolamentare a questo o a quel cittadino tra i più bisognosi; formandosi all'uopo un ruolo di utenze con criteri di equità e di giustizia distributiva, mediante deliberazione dei rispettivi Consigli comunali e visto di esecutorietà da parte delle prefetture territorialmente competenti. Che deve, che può importare ad un legislatore il quale voglia ordinare e riordinare la proprietà collettiva, se la forza delle sue disposizioni legislative o regolamentari lo conduce a disconoscere enti od associazioni trasmesse in eredità dai tempi trascorsi e non più confacenti col concetto delle collettività nei tempi moderni?

Conviene anche osservare che i piccoli Comuni, dove esistono tali usi o servitù più o meno collettive, non sono poi tanto gravati di servizi pubblici, da respinger *lo comune in carco*, che anzi dovrebbe sembrare ben lieve a persone dedicate al bene pubblico. O dunque si propende per la collettività e per il dominio collettivo, e allora non v'ha tutore od amministratore del relativo patrimonio che possa superare il Comune nei suoi organi legalmente costituiti; o si vuol preferire di farsi alle origini, d'indagare i primi titolari delle utenze e di venir poi via via fino ai giorni nostri per mezzo di ricerca della successione a quei primi utenti. Ma questa ultima soluzione, quest'ultimo metodo è impossibile; poichè, come si è già notato, durante il corso dei secoli i discendenti dai pastori, che strappavano alla compassione o alla concessione del signor feudale tali usi, possono magari esser divenuti abbienti o proprietari, e molto probabilmente ad ogni modo hanno cambiato stato economico in confronto degli antenati loro, senza che vi sia alcuna possibilità per ricostruire esattamente e completamente il passato. Oltre a ciò, nel lungo decorso dei secoli, non possono non esservi state usurpazioni o violazioni diverse dei diritti altrui: e queste violazioni, passate nelle abitudini e nella lunga osservanza, talora anche senza con-

Digitized by Google

trasto degli interessati, possono aver costituito uno stato di fatto, originariamente illegittimo bensì, ma più saldo e più resistente di ogni migliore stato legittimo. Ora in simili casi si dice e si ripete, non a torto, che è miglior partito non rovistar troppo nell'origine dei possessi e non ingolfarsi in questioni troppo ardue di fronte ad un possesso attuale avente tutte le apparenze della legittimità: poichè in caso diverso i perturbamenti ai quali si darebbe vita supererebbero per importanza i miglioramenti e i benefici effetti delle restituzioni che ne sarebbero la conseguenza. Il dominio collettivo è per lo meno diretto ad evitare la responsabilità di una ripartizione individuale, affidando questa agli organi delle collettività che distribuiscono naturalmente le utenze in base a liste e distribuiscono l'uso per mezzo di regolamenti idonei. Affidando una tale funzione al Comune e rendendo questo demanio collettivo addirittura comunale, si avrebbe una maggiore garanzia nella funzione distributiva e ad un tempo si raggiungerebbe il *maximum* del rispetto per i possessi pacifici, prescindendo del tutto da ogni questione di classe e dalla ricerca delle origini.

79. Il regolamento 6 agosto 1891, n. 518, fu fatto per dare esecuzione all'art. 9 del testo unico delle leggi 24 giugno 1888, n. 5489 (serie 3ª), e 2 luglio 1891, n. 381, sull'abolizione delle servitù di pascolo e simili nelle ex-provincie pontificie: ed in modo speciale per regolare la procedura dei ricorsi e controricorsi dalle Giunte arbitrali al Ministero di agricoltura, industria e commercio. Si volle dare buona forma di contenzioso e quasi di giurisdizione a questo secondo stadio della vertenza, evidentemente per evitare che l'arbitrio amministrativo danneggiasse l'indole contenziosa della vertenza stessa e sostituisse l'ingerenza di un ufficio burocratico qualsiasi ai diritti inviolabili di collettività più o meno comprensive. Ad ogni modo, non è possibile che un qualsiasi affare contenzioso resti fuori della legge per quanto concerne la sua procedura: soltanto le regole e i termini di procedura sono e debbono essere piuttosto di competenza della legge, anzichè del regolamento; ivi è materia di competenza del potere legislativo e spesse volte la stessa dele-

Digitized by Google

gazione che il potere legislativo ne fa o può farne all'esecutivo rappresenta una denegazione incostituzionale di competenza. Si dirà che non è il caso di risollevare questioni rancide e trattate le mille volte su tutti i toni e in campi molteplici di esecuzione, di applicazione, di ermeneutica: e ciò non può negarsi di certo.

Soltanto, poichè l'occasione si presenta, conviene purtroppo ritornare sulle antiche discussioni e deplorare che ancora questa materia sia trattata alla leggiera, come se i diritti dei terzi meritassero poco rispetto di fronte alle esigenze burocratiche o ai comodi di qualche potere costituito nello Stato. Sono trenta i giorni utili per il ricorso, dalla notificazione della decisione della Giunta alla parte interessata; e naturalmente questo termine è perentorio, vale a dire prescritto sotto comminatoria di decadenza e sotto pena di sottostare a tutte quante le conseguenze del giudicato. Quello che può concepirsi anche non perentorio, per sua stessa natura e indole, è il termine di cinque giorni dalla notificazione, prefisso per il deposito del ricorso, degli atti del giudizio e della sentenza arbitrale presso il Ministero; e di vero questo termine è posto nell'interesse della sollecitudine e della regolarità del procedimento, più che per l'interesse delle parti medesime, le quali sono soddisfatte e debbono ritenersi tali perocchè siano messe in grado di consultare le rispettive produzioni prima del giudizio, per apparecchiare in base a quelle le proprie difese e scambiarsi la confutazione delle ragioni addotte *ex adverso*. Questa discussione può essere interessante per l'applicazione del successivo articolo 2, il quale dispone che *durante quel termine e fino a che non siasi provveduto sul ricorso l'esecuzione della decisione della Giunta è sospesa;* e di vero si domanda quale sia il termine durante il quale la sospensione abbia luogo, o, per dir meglio, si pone il quesito netto e preciso se la sospensione cessi nel caso di deposito ritardato oltre i cinque giorni presso il Ministero di agricoltura, dinanzi al quale fu inoltrato il ricorso. Qui ci sembra di poter rispondere appunto a colpo di logica sicura che la sospensione si accordi come conseguenza del ricorso nel termine prefisso dei trenta giorni; e che passato inutilmente questo termine, la decisione della

Digitized by Google

Giunta debba ritenersi passata in giudicato e perciò non possa sotto alcun pretesto sospendersene l'esecuzione.

Il regolamento adopera un'espressione che, per quanto grammaticalmente debba riferirsi al termine menzionato in maggiore lontananza, vale a dire al termine pel ricorso al Ministero, tuttavia non soddisfa in chiarezza le esigenze dell'interprete; se non altro perchè sarebbe stato ben semplice sostituire all'espressione — *durante quel termine* — l'altra più specifica — *durante il termine fissato pel ricorso.* — Ad ogni modo però, l'intenzione del legislatore non può essere stata quella di negare la sospensione della decisione della Giunta arbitrale, nel caso che siasi violato il termine dei cinque giorni fissato per le produzioni e depositi al Ministero: sempreché, com'è naturale, il ricorso non sia irricevibile perchè fatto oltre il termine dei trenta giorni. Dopo il termine per il ricorso e quello per il deposito della sentenza impugnata e degli atti del giudizio relativo vi è un terzo termine: e precisamente un termine di trenta giorni per il controricorso della parte appellata; e questo termine, che vuolsi ritenere non meno perentorio del termine fissato pel ricorso per le stesse ragioni che concorrono a stabilire la perentorietà del termine pel ricorso, è a sua volta susseguito da altro termine analogo di cinque giorni per il deposito del controricorso stesso e degli atti che l'accompagnano o lo documentano: il quale ultimo termine non deve considerarsi perentorio, come non si considera perentorio quello corrispondente relativo al ricorso. Che questo ricorso (ed in corrispondenza anche il controricorso) debbano presentare dei requisiti elementari di forma, è cosa troppo evidente; ed è anche evidente che vi siano dei requisiti di forma prescritti sotto pena di nullità, ed altri no, in armonia con quanto si ritiene in base alle norme comuni del Codice di procedura civile, specialmente in riguardo alla certezza o meno dell'obbietto del ricorso ed alla provenienza del ricorso medesimo. Oltre ai termini, sono pure importanti le disposizioni che concernono l'istruttoria affidata al Ministero; e si dispone che il Ministero possa ordinare produzioni e richiedere verificazioni, fissando in entrambi i casi termini appositi così per quelle produzioni come per il depo-

Digitized by Google

sito della relazione concernente queste nuove verificazioni. Siffatta facoltà d'istruire la vertenza, affidata al Ministero, è riconosciuta senza sforzo nel campo delle attribuzioni ministeriali. Del resto fin l'art. 11 della legge del 1888 accordava alle Giunte arbitrali il potere istruttorio: e il negare funzioni istruttorie al Ministero in secondo grado sarebbe stato come menomare l'esame di merito devoluto al Ministero stesso e restringerlo nei confini più o meno esattamente tracciati dalle Giunte arbitrali. La legge ha voluto invece che il ricorso al Ministero fosse come un vero e proprio appello, e cioè sostanzialmente investisse il merito della vertenza tutta e intiera colle stesse facoltà e nello stesso campo d'azione della Giunta arbitrale in prime cure, e perciò colla facoltà istruttoria anche d'ufficio, senza limiti neppure di contestazione di lite in primo grado; se si consideri la contestazione in senso stretto, rispetto piuttosto agli *acta* ed ai *probata*. Del resto una tal forza della contestazione di lite, rispetto agli *acta* ed ai *probata*, non si riconosce neppure secondo la procedura ordinaria; per la quale (art. 490 Cod. proc. civ.) in appello possono dedursi dalle parti nuove prove, però senza proporre domande nuove. Qui non si tratta di mezzi di prova proposti o da proporsi dalle parti, ma bensì di mezzi di prova ai quali pensa il Ministero stesso anche di sua iniziativa, rendendone obbligatoria l'attuazione od esperimento alla parte o parti da esso designate; e tuttociò nell'interesse pubblico, collo scopo di procurare una liquidazione generale e una sistemazione territoriale di questi diritti reali.

Evidentemente una tale istruttoria d'ufficio, in ultima analisi e sostanzialmente, può anche spostare le basi della contestazione della lite tra le parti interessate e può cambiare in via radicale le basi e i termini della controversia, mettendola nella sua vera figurazione o in quella che il Ministero crede tale o può credere tale. Anche qui per le produzioni e le verificazioni sono fissati dei termini; e il Ministero stesso ha il potere di fissarli volta per volta, poichè nè la legge nè il regolamento li fissano in via generale e per tutti i casi, lasciando al Ministero stesso la maggiore ampiezza per giudicare del tempo che occorre al compimento dell'istrut-

Digitized by Google

toria nell'uno o nell'altro senso, a seconda della diversità dei casi e della varietà delle circostanze. Il regolamento procedurale, dopo aver fissato i termini diversi, richiede all'articolo 6 che prima di provvedere il Ministero senta il parere del Consiglio di Stato; e ciò quantunque il Ministero stesso non sia tenuto di conformarsi ad un tal parere, del quale evidentemente deve farsi menzione nel testo del provvedimento medesimo, appunto perchè consti dell'adempimento di una tale formalità prescritta. Evidentemente poi, essendo un tal parere motivato, il Ministero, per contraddirvi, deve contrapporre ai motivi del parere stesso altri motivi che ritenga più validi e appropriati per la circostanza; altrimenti il provvedimento ministeriale rischierebbe la taccia di arbitrario e d'ingiustificato. Del resto, si sa che il Consiglio di Stato dà pareri al Governo per gli atti amministrativi, sia per disposizione di legge come per spontanea richiesta dell'Amministrazione; e che non vi è obbligo alcuno di seguirli, se non quando la legge espressamente porta un tale obbligo, ossia quando la legge lo giudica opportuno e se lo giudica opportuno.

Il parere del Consiglio di Stato è più che altro una remora pel Governo, ma certamente non è esso l'atto amministrativo, nè si può presumere che il Governo rinunzi alla sua azione e alla sua responsabilità per seguire i moniti del Consiglio di Stato o per trincerarsi dietro la responsabilità di esso: la gravità dell'atto ministeriale richiede come misura prudenziale il parere del Consiglio, ma non perde il suo valore nè diminuisce della sua importanza solo perchè conforme a quel parere. Il provvedimento o decreto ministeriale, che finisce coll'essere emanato sul ricorso di parte, deve intanto essere motivato (e, si dice anche, registrato alla Corte dei Conti; ma questo importa poco meno che nulla): appunto perchè non sembri emanato alla cieca e soprattutto perchè, nel caso di difformità col parere del Consiglio di Stato, si possano conoscere le ragioni del dissenso e l'opinione pubblica resti sufficientemente illuminata, mentre le parti in causa possano avere la voluta soddisfazione. Ma il Ministero non pensa nè può pensare all'esecuzione del suo provvedimento, contuttochè a questo riguardo si appalesi

Digitized by Google

vero e proprio giudice di merito; e questo perchè, pure abbondando in esso i mezzi di esecuzione, la sua lontananza dai luoghi lo esporrebbe a valersi dei suoi organi locali prefettizi o sottoprefettizi, i quali così in pratica attuerebbero quella liquidazione che si volle per intiero, con pienezza di mezzi di giurisdizione contenziosa e volontaria ad un tempo, affidare alle Giunte territoriali, anche se le decisioni ministeriali riformino in tutto o in parte le impugnate decisioni delle Giunte, sia quanto ai criteri fondamentali, sia quanto all'applicazione dei criteri stessi. In ultima analisi, è dunque sempre la Giunta quella che sistema le vertenze in materia di servitù od usi civici nel territorio sul quale si estende la propria giurisdizione: e ciò anche se è costretta a ricredersi o a confessare l'errore d'una propria decisione, riformata poi dal Ministero di agricoltura con o senza una nuova istruttoria.

La Giunta fa anche la tassazione delle spese del giudizio a carico della parte soccombente; la qual cosa è considerata come accessoria della liquidazione e sistemazione complessiva dei diritti dei privati e si deferisce al primo grado della giurisdizione per la stessa ragione per la quale a questo grado si deferisce l'esecuzione della deliberazione d'appello: e cioè perchè quell'impronta di speciali attribuzioni, che alla Giunta si vollero affidare come competenza propria in rapporto ai bisogni locali, non abbia a venir meno per reclamo che s'interponga o per allungarsi che faccia il procedimento stesso. Quella che fa il Ministero è una specie di revisione amministrativa sulle decisioni delle Giunte e a richiesta dei privati, non d'ufficio: dopo di che le Giunte riprendono la pienezza della cognizione e della sistemazione onde sono investite per loro apposita istituzione; poichè non ad altro fine esse sono state ordinate e non hanno altro da fare che questo, a differenza del Ministero, per il quale la giurisdizione o competenza di secondo grado in materia di servitù o di usi civici non rappresenta che una minima parte delle sue attribuzioni, e, diciamo pure, delle sue occupazioni. La Giunta, evidentemente, dovrà uniformarsi a quanto fu deciso dal Ministero; nè ciò sarà per essa grave umiliazione o contrarietà, perciocchè, se non altro, una ragione vi è per l'in-

Digitized by Google

fluenza suprema moderatrice della Giunta: e questa ragione consiste nell'uniformità dei criteri da adottarsi per tutto il territorio dello Stato e che potrebbe restare compromessa per le vedute autonome e diverse delle Giunte territoriali. Non si dice dunque, o, per lo meno, non si presume che le Giunte si lascino trasportare da criteri partigiani o da ragioni di favoritismo locale; si ritiene possibile soltanto che esse adottino criteri poco esatti e forse più ispirati all'opportunità dei luoghi che ai principii generali di diritto e di legislazione, ai quali l'abolizione o la sistemazione è stata preordinata.

Ad ogni modo, sull'opera delle Giunte si fonda tutta quanta la sistemazione di tali servitù od usi civici; e il Ministero interviene quasi più come correttore che come giudice o come sistematore vero: questo è lo spirito delle disposizioni legislative che regolano la materia, dovendosi sempre ritenere che il fulcro del lavoro di sistemazione cada in definitiva sulle Giunte arbitrali, per essere esse ed esse sole avvicinate di molto ed a contatto coi bisogni locali, il cui apprezzamento nel maggior numero dei casi è decisivo riguardo alla sistemazione definitiva degli usi di cui si tratta.

È però implicitamente escluso che, quando dopo la decisione ministeriale, un dato affare torna alla Giunta locale, questa con altro complemento o supplemento d'istruttoria o altrimenti possa rifarsi sopra al provvedimento ministeriale; dappoichè, se si potesse così agire, la pratica non terminerebbe mai e converrebbe ammettere nuovamente il gravame al Ministero da una nuova deliberazione della Giunta. Invece, avendo il Ministero stesso pronunciato l'ultima parola sulla vertenza, è logico non vi si debba tornare più sopra: *non bis in idem*. La Giunta a questo punto non deve altro fare, fuorchè eseguire fedelmente la decisione ministeriale e attenersi alle risultanze già acquistate e ormai invariabili.

Ultima disposizione del regolamento è quella dell'art. 9 ed è transitoria: per i ricorsi ancora pendenti all'epoca dell'entrata in vigore della legge 2 luglio 1891, n. 381, le parti, circa la procedura dei ricorsi, debbono uniformarsi alle disposizioni del regolamento stesso. Insomma il regolamento, toccando materie procedurali, deve entrare in vigore per ra-

Digitized by Google

gioni d'interesse pubblico, immediatamente: e così, trattandosi di ricorsi pendenti all'epoca dell'applicazione del testo unico del luglio, questi ricorsi tutti vogliono essere regolati coll'ultimo regolamento procedurale, appunto perchè si vuole uniformità piena e costante e si vuole accennare ad un metodo completo, intiero e pieno in ogni sua parte, colle garanzie di termini e difese che si dànno ordinariamente e che si applicano ai casi nuovi. Se si trattasse di pendenza finita, naturalmente non si potrebbe ravvivare per fare omaggio ad una nuova procedura; ma, poichè si tratta di pendenza in corso, vi è sempre modo di avviarla coi metodi e colle forme della nuova procedura.

Digitized by Google

CAPO II.

La comunione dei pascoli in diritto civile (1).

80. La *servitus pascendi* e il pascolo comune in diritto romano. — 81. Sue possibili limitazioni. — 82. Diritto di pascolo del proprietario e diritto di compascolo propriamente detto. — 83. La comunione del pascolo in diritto germanico e francese. — 84. Il pascolo comune nel Codice civile italiano. — 85. Il recesso dalla comunione o reciprocità dei pascoli. — 86. L'utilità generale in contrapposto al recesso. — 87. Competenza discrezionale del tribunale civile.

80. A questo capitolo si è voluto far precedere l'altro sull'abolizione del pascendatico nelle provincie italiane expontificie per uno scopo puramente empirico: allo scopo cioè di chiarire meglio la trattazione della materia, per sè difficilissima, partendo dalla posizione di attualità presente e contemporanea; dal momento che lo studio solo del tipo romano di *servitus pascendi* non avrebbe potuto bastare per illuminare la situazione e per dare la nota giusta ad una pratica, le cui fonti legislative si trovano per gran parte fuori dello stesso Codice civile. Ma ciò non toglie l'utilità di uno studio sulla romana *servitus pascendi:* che anzi, fatto ora, potrà servire come correttivo e come mezzo per rettificare qualche idea inesatta che sia potuta sorgere dallo studio

---

(1) Bibliografia: CAMMEO, *Demanio* (voce nel *Digesto italiano*). — CAVAGLIERI, *Il diritto di tutti gli uomini all'effettivo godimento della terra;* Venezia 1893. — Id., *Cooperazione e questioni pratiche di scienza dell'amministrazione;* Roma 1897. — CIOLFI, *Gli usi civici della maremma pisana;* Roma 1897. — DANIELLI, *Le proprietà collettive e gli usi civici d'Italia;* Pesaro 1898. — RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV, p. 1 e seg., pag. 159 e seg.; XXVI, pag. 43 e seg., pag. 319 e seg.). — RINALDI, *Le terre pubbliche e la questione sociale;* Roma 1896. — VALENTI, *L'agricoltura e la classe agricola nella legislazione italiana;* Brisighella 1894. — VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia;* Camerino 1888. — Id., *Dell'usufrutto;* Napoli 1895, nn. 71-90. — Si può anche consultare: SCHUPFER, voce *Allodio* nel *Digesto italiano*, e *Studi sugli usi civici* nelle *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, classe Scienze morali e storiche, serie IV, II, 1 (1887), pag. 278 e seg.

Digitized by Google

della fase, e, diciamo pure, della dottrina abolitiva. I Romani dunque conoscevano questa specie di servitù, come ne attestano i frammenti di PAPINIANO, PAOLO e ULPIANO ricevuti nel Digesto: e questa, nella vita romana, doveva essere la traccia di una condizione antichissima e di uno stato anteriore ad ogni epoca storica, che si protrasse in seguito e lasciò traccie storiche anche nelle fasi più evolute della vita del popolo romano. Nella l. 4, Dig. 8, 3, PAPINIANO dice: *pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.* Il dubbio era se si trattasse di una servitù personale o di una servitù reale; e PAPINIANO fu indotto a risolverlo seguendo puramente e semplicemente le regole generali, attraverso alle espressioni adoperate dal costituente nell'atto costitutivo e (nella specie) per mezzo di testamento. O la costituzione della *servitus pecoris pascendi* è fatta principalmente per riguardo ai fondi (vale a dire se il frutto o prodotto del fondo consista principalmente nel *pecus*), ed allora si tratta di servitù prediale; o si è disposto del pascolo specialmente in considerazione e a favore di una persona determinata, e allora vi è servitù bensì sempre, ma si tratta di servitù personale, come potrebbe essere l'usufrutto, l'uso o l'abitazione. In tal caso la considerazione dei fondi può essere del tutto indifferente alla costituzione della servitù, la quale perciò assume carattere spiccato di istituto *ad personam* o personale e non si trasmette per successione agli eredi o agli acquirenti del fondo o fondi ai quali più o meno direttamente deve (malgrado il suo carattere personale) avere attinenza un tale diritto. Ma, al difuori del caso (riguardato quasi come anormale) che il diritto di pascolo fosse stato accordato soprattutto in considerazione e a beneficio di una determinata persona, il diritto o servitù consideravasi come reale di sua natura: e però, secondo l'interpretazione dei pandettisti, avrebbe dovuto richiedere una specie di tradizione perchè si fosse potuto dire che l'uso o la servitù del pascolo non trovasse impedimento neppure nel fatto. Nè questa costruzione a diritto essenzialmente reale riceverebbe ostacolo

Digitized by Google

nella diminuita importanza della tradizione in diritto nostro; perchè, applicandosi i principî relativi alla vendita, gli stessi articoli 1462-1464 riaffermerebbero, non sotto il punto di vista della validità del diritto ma sotto il punto di vista dell'obbligazione del costituente la servitù, la necessità d'una tradizione sia pure simbolica o formale: e per certo nè l'art. 1538 nè altra disposizione del Codice varrebbero a minare il carattere reale tanto della vendita quanto della costituzione del diritto reale o della servitù prediale, di quella di pascolo in ispecie. Però s'intende che in diritto romano colla necessità della tradizione in ogni caso e sotto ogni aspetto (quindi anche per la validità del trasferimento del dominio o dei suoi diritti frazionari) si rendeva anche più facile la costruzione del diritto reale in una obbiettività completa e anche di fronte alla esclusione degli impedimenti all'esercizio, massime da parte del proprietario: laonde ULPIANO in l. 3 pr., Dig. 8, 3, non ebbe difficoltà alcuna a classificare tra le servitù il diritto *ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur.*

Nè la natura reale del diritto era attenuata dalla lontananza dei fondi posti in rapporto di servitù di pascolo; poichè anche allora, per necessità di cose, i pascoli d'inverno non potevano essere gli stessi dei pascoli estivi; e di vero anche per questa servitù si accordava il diritto del *tugurium si hiems ingruerit.* Questo riflesso ci riporta ad una costituzione dei rapporti del pascolo indipendentemente dall'*ager publicus* e dal suo riparto od assegnazione ai privati: dappoichè lo Stato non poteva certamente sovrapporsi alle imprescindibili necessità delle stagioni e dei luoghi. Che poi sotto la servitù di pascolo come nell'altra servitù affine *adeundi ad fontem* (che noi abbiamo chiamato di abbeveraggio) si comprendesse anche la servitù di transito o di passaggio è più che naturale: il mezzo non può non essere accordato, allorchè è necessario al conseguimento del fine e dai limiti dello stretto necessario non esorbita. Il passaggio dunque, in tal caso, non offre un contenuto a sè stante, ma bensì un contenuto accessorio o compreso nella costruzione giuridica del pascolo, quantunque esso possa avere per oggetto un fondo diverso da quello sul quale il pascolo stesso

Digitized by Google

va ad esercitarsi: nè la sua esistenza modifica o intorbida la figura del pascolo. I limiti del puro necessario lo mantengono in posizione accessoria e fanno sì che non si possa attraversare il fondo trattenendovisi o vagando per esso, ma soltanto per entrare da una parte ed uscire dall'altra o pervenire dove si trova la zona destinata a pascolo, senza indugio di sorta e senza deviazione. Quanto alla servitù stessa di pascolo, si è ritenuto che essa possa presentarsi sotto conformazione di servitù negativa o sotto conformazione di servitù positiva a seconda dei casi; e ciò come avviene per le servitù prediali in genere, senza alcuna differenza per il caso specifico. Certamente la servitù di pascolo, e sotto il punto di vista economico e sotto il punto di vista giuridico, è anzitutto affermativa; inquantochè tende alla conquista di una utilità e di un diritto o facoltà sul fondo che vi è sottoposto: senza l'affermazione sarebbe una figura incosciente nel soggetto, incerta nel contenuto. Un diritto positivo, una facoltà di pascolare sul fondo altrui deve affermarsi positivamente, e nella forma e nella sostanza, e nell'esercizio e nella costruzione giuridica: per lo meno, l'affermazione è insita nell'esercizio del diritto, è implicita, scaturisce dal fatto stesso, si confonde colle esteriorità tutte delle quali il pubblico è spettatore, attore il proprietario del gregge, testimone lo stesso proprietario del fondo sul quale si trova il pascolo e che non crede di agire in possessorio per respingere da sè e dalla sua proprietà immobiliare un attentato di pascolo arbitrario da parte di un terzo, sia o no suo confinante di territorio. Poi viene l'aspetto negativo del diritto, in quanto il proprietario del gregge destinato al pascolo si trova o può trovarsi in conflitto col proprietario del fondo su cui il pascolo si esercita; quante volte le pretese dell'uno escludano in tutto o in parte i diritti o le facoltà dell'altro: il tutto a seconda dei principî generali.

Considerata sotto questo punto di vista, la servitù del pascolo assume la conformazione di servitù negativa. Per vero una *servitus pascendi negativa* consisterebbe in questo: che l'avente diritto all'esercizio della servitù di pascolo sopra una data zona territoriale spettante ad un proprietario fondiario o prediale escluda su quella stessa zona l'esercizio del

Digitized by Google

pascolo *iure proprietatis* ossia per parte del proprietario del fondo: e ciò sia perchè il pascolo non resti menomato per lui avente diritto alla servitù, sia perchè non possa accadere un conflitto per la contemporaneità dell'esercizio del pascolo, *iure proprietatis* da una parte e *iure servitutis* dall'altra parte, sopra una stessa e sola zona di territorio. In tal caso la servitù è negativa perchè è anche positiva e contemporaneamente assume, per necessaria e indivisibile correlazione, entrambe le forme: così, quando il pascolo dovuto alla servitù ha il suo giornaliero orario, è naturale che, di regola, nelle stesse ore il proprietario deve astenersi dal servirsi del pascolo *iure proprietatis* su quella stessa zona di terreno, e che al difuori del detto orario può servirsene purchè non consumi talmente il prodotto del fondo da rendere inutile il diritto dell'altro durante l'orario fissato per l'esercizio della servitù, ossia del pascolo sotto forma di servitù. Evidentemente, se la servitù è costituita ed esercitata regolarmente, non può non esservi un conflitto virtuale tra l'esercizio di essa e l'esercizio del diritto corrispondente di proprietà, in ordine al medesimo contenuto di utilità pratica e di godimento reale. Il concetto negativo della servitù del pascolo si presentò anche sotto un altro punto di vista in pratica: e cioè sotto il punto di vista delle limitazioni che, non quanto al pascolo *iure proprietatis* ma quanto alla coltivazione *iure proprietatis*, possono derivare dall'esercizio di una *servitus pascendi.*

Venendo più specialmente al caso pratico, si è sostenuto che il diritto alla servitù del pascolo comprende il divieto di coltivare il fondo, massime se a coltura intensiva, per evitare la soppressione del pascolo stesso e l'impossibilità dell'esercizio della servitù relativa: in genere si è sostenuto che il diritto alla servitù del pascolo possa comprendere il divieto implicito di adoperare il fondo per una coltura che possa contraddire o all'esistenza o all'uso del pascolo stesso nella superficie designata. Ma anche qui è d'uopo fare delle considerazioni pratiche per evitare equivoci. Il proprietario del fondo serviente non è tenuto, per fermo, a far sì che la servitù del pascolo sia esercitata nel modo più vantaggioso e più agevole: è tenuto soltanto ad eliminare le circostanze

Digitized by Google

di fatto la cui esistenza renda impraticabile o ineffettuabile la servitù. Come si vede, non è la stessa cosa rendere agevole e rendere semplicemente possibile l'esercizio di un diritto: la servitù, essendo dotata di un contenuto frazionario della proprietà, finchè resta servitù, non ha diritto ad agevolezze od a vantaggi particolari, ma soltanto all'esistenza e alla possibilità dell'esercizio, nei limiti dello stretto necessario. Ma, se il proprietario del fondo serviente mi pianta molte quercie o molti alberi fruttiferi nel territorio destinato alla servitù del pascolo, o addirittura me lo trasforma in vigna, certamente mi rende impossibile o per lo meno mi menoma l'esercizio della servitù di pascolo: ed in tal caso può, anzi deve, ritenersi che il proprietario abbia agito od agisca illegalmente, e perciò lo si può costringere perfino a rimuovere le piantagioni, in quanto queste ostacolino il *minimum* di esercizio della servitù.

D'altro canto non si può in modo assoluto pretendere che il fondo rimanga del tutto incolto nella parte destinata al pascolo: questo sarebbe appunto l'eccesso nel senso opposto se pure questo stato negativo di ogni coltivazione non sia assolutamente necessario per l'esercizio del pascolo stesso, oppure non sia stato ordinato nella convenzione tra le parti interessate. Certo è che conviene tener conto della diversa posizione di ogni caso e distinguere un caso dall'altro senza sforzare le regole generali oppure rinunziando all'applicazione delle regole generali dove invece è il caso di ricorrere a regole speciali fatte per una specie determinata e ricavate da una particolare conformazione ben distinta e delineata sullo sfondo delle regole giuridiche comuni. Qui però si deve notare che il divieto di piantare alberi fruttiferi o determinati alberi fruttiferi o una determinata quantità di alberi fruttiferi sul fondo serviente non rappresenta già il contenuto di una servitù negativa di pascolo, ma bensì il contenuto delle restrizioni del diritto di proprietà che dipendono dall'esercizio della servitù del pascolo stesso. Servitù negativa di pascolo, come notammo, si ha quando l'esercente della servitù del pascolo dice al proprietario del fondo serviente: qui tu non devi pascolare, perchè vi devo pascolare io: io porterò il mio gregge e tu dovrai allontanare il tuo nei giorni ed ore prefissi,

Digitized by Google

oppure senza limitazione di giorni nè di ore. E per vero può dirsi che il proprietario usufruisca per il pascolo del suo bestiame di una zona del fondo diversa da quella sulla quale è imposta la servitù del pascolo a favore dell'estraneo: nel qual caso si spiega e la proibizione e l'opportunità della proibizione e la conciliazione degli interessi del proprietario con quelli dell'esercente la servitù. Notisi poi che può anche la servitù esercitarsi ed esercitarsi contemporaneamente sulla stessa superficie il diritto al pascolo del proprietario del fondo serviente: nel qual caso tra l'uno e l'altro proprietario di gregge o bestiame si dice sussistere il diritto al compascolo ossia al pascolo contemporaneo, appunto. Ma su questa contemporaneità nello stesso luogo, conviene intenderci. Sotto il punto di vista fisico rigoroso, non è possibile che due o più capi di bestiame o di gregge mangino della stessa erba nel medesimo luogo: al modo stesso che due persone ad un tempo non possono mangiare le identiche vivande sullo stesso piatto; identiche nel senso che si tratti degli stessi corpi di vivande, ossia degli stessi pezzi. Evidentemente quella data pesca deve essere mangiata dall'uno o dall'altro dei due soci di tavola. Epperciò, quando in tali casi si parla di contemporaneità, si intende sempre in senso relativo e non in senso assoluto o matematico o rigorosamente topografico: il compascolo s'intende sopra una determinata zona e con promiscuità di esercizio, ossia senza priorità o prevalenza della greggia del proprietario su quella dell'utente o di questa su quella. I diversi capi di bestiame si confondono quasi e si mescolano, durante un tale esercizio, perchè nel pascolo v'è abbastanza per la nutrizione di tutti insieme e senza che un ordine rigoroso presieda alla distribuzione tra i capi stessi: talchè, senza stare al rigore delle constatazioni matematiche, sembra che qui possa trattarsi di vero compascolo, o anzi di un pascolo comune. In diritto romano, questa figura, considerata sotto l'aspetto storico, si rannoda alle origini dei Romani, che, secondo VARRONE, *orti sunt a pastoribus;* la moneta o *aes signatum* aveva in origine impronte di bestiame e in ultimo di bovi e di tori: da *pecus* vennero nel linguaggio *peculatus, pecunia, peculium;* e VARRONE stesso avvisava che i fondi dovessero in parte destinarsi all'agricoltura e in parte al pa-

Digitized by Google

scolo. I fondi rustici avevano selve e avevano pascoli: essi avevano i pascoli anche come pertinenze, nel senso che non formavano il corpo essenziale di uno o di più fondi, ma, più o meno vicini ai fondi stessi, quei pascoli ne completavano la destinazione e l'utilizzazione, ed erano territori in proprietà come le accessioni di vario genere. I gromatici ci riferiscono il caso di assegnazioni silvestri a terreni coltivati in pianura, con discreta lontananza tra gli uni e gli altri, diguisachè è facile spiegarsi come, malgrado queste assegnazioni fatte in lontananza, i proprietari di greggie e di terra potessero trovar comodo di ricorrere piuttosto alla *servitus pascendi in agro finitimo* che non nelle lontane zone di loro proprietà.

Vi erano altresì dei pascoli e dei boschi pubblici: e questi *compascua* o *silvae* annesse ai fondi potevano essere dati e quindi governati dalle norme più diverse. A questo riguardo i pascoli pubblici romani si classificarono in tre categorie: quelli assegnati alla colonia come ad una persona per servire alle spese di pubblica utilità (riparazione di tempî, riscaldamento di bagni, alloggio dei pellegrini, ecc.), i quali costituiscono un *privilegium coloniae* col diritto di pascolo a favore dei privati e col restante delle utilità in favore dello scopo privilegiato; quelli assegnati, fuori della limitazione, all'ordine dei coloni, alienabili e col diritto di pascolo sottoposto ad un tenue canone; quelli attribuiti in comune ai vicini possessori, i quali hanno così la comunione del pascolo (le mappe portano *in modum compascuae* o *tantum compascuae*) su questi terreni che sembrano essere di quelli sopravanzati alla distribuzione sistematica (*genus quasi subsecivorum*). Ma tuttavia i *subseciva* non vanno del tutto confusi coi pascoli comuni; e inoltre la l. 20, § 1, Dig. 8, 5, sulla quale si costrusse la figura della servitù prediale, fu dichiarata dal GRADENWITZ affetta da interpolazione, e di più può anche riferirsi a semplici pertinenze immobiliari, comuni a più fondi, mentre questi ultimi siano in proprietà individuale di singoli. Gli agrimensori, per conto loro, parlano anch'essi di *communia*, *communalia*, *communiones*, di *pro indiviso*, di *compascua;* ma questa espressione, come quella del preteso fr. di SCEVOLA, non riguarda tanto esclusivamente la costruzione di una figura di proprietà o di comproprietà, che non possa invece riferirsi

Digitized by Google

principalmente e soprattutto all'uso o all'esercizio del pascolo; e perciò sembra che potrebbe adattarsi tanto ad un concetto di comunione tra più proprietari, quanto al concetto di comunione tra più utenti di una servitù su di uno stesso terreno. FRONTINO svolge il concetto della *pascuorum proprietas pertinens ad fundos* e dei *pascua data depascendis certis personis* sotto la *controversia de proprietate;* e un altro gromatico, SICULO, nomina *silvas quasi publicas, proprias quasi vicinorum.* E questo, se non si pensasse al linguaggio non perfettamente e tecnicamente giuridico delle *controversiae agrorum,* farebbe decidere in favore del concetto di proprietà e per l'esclusione del concetto di servitù; tanto più che SICULO non risparmia neppure l'espressione di *quasi proprietas:* ma allora conviene decidersi a respingere su questa materia l'autorità dei nostri *gromatici veteres,* come se oggi ai geometri contemporanei si desse la patente d'ignoranza in materia di terminologia e dei principî giuridici posti a base della distinzione elementare tra proprietà e servitù (1). Ebbene, a nostro modo di vedere, nel periodo classico della giurisprudenza romana si trattava di pascoli esercitati per diritto di proprietà e non per diritto di servitù; diguisachè, interpolato o no il citato fr. di SCEVOLA, la servitù non ha che fare con questo *saltus communis* o col *compascuus* o *ius compascendi* relativo. Che cosa sia divenuto in seguito, dopo il periodo giustinianeo, di questa figura di pascolo, è un altro conto: nè si può escludere certamente che il *compascuus* o l'*ager compascuus,* preso anche nella sua classica origine come *quasi-subsecivus,* sia potuto in seguito divenire l'uso civico dell'epoca di mezzo, senza rivoluzioni violente e per effetto di suo naturale svolgimento; e neppure che i beni co-

(1) Questo argomento è stato in balìa delle incertezze maggiori presso i romanisti, i quali, quantunque specialisti nella materia, non di rado si sono lasciati impressionare dai puri storici del diritto italiano: cosicchè tra l'affermare e il negare velatamente o il fare restrizioni ingegnose di ogni specie difficilmente è venuta fuori un'opinione decisa e risultante da profondo convincimento. Guai se il metodo critico diventa povertà di pensiero o strumento di facile servilismo! La riputazione degli studi del diritto in genere e del diritto romano in ispecie, ne va a scapitare enormemente.

Digitized by Google

munali o comunaglie abbiano potuto trarre la loro origine da questi *compascua*. Il rapporto di carattere pubblico, per l'assegnazione di quei fondi fatta dallo Stato, quasi conservandone il dominio eminente non sarebbe ad ogni modo, per diritto romano, più assodato riguardo al pascolo comune che non per la proprietà privata dei fondi assegnati ovvero distribuiti ai singoli proprietari. Dominio eminente, dunque, per tutti gli immobili così liberi da servitù come gravati di usi collettivi, dominio eminente tanto se la servitù è individuale quanto se è civica, tanto se il privato usa attraverso la comunità ed *uti civis*, quanto se usa per suo proprio conto, e per un diritto autonomo ed immediato. Ma da una semplice comproprietà o condominio può sorgere uno *ius servitutis*, ibrido o genuino che esso sia? Evidentemente, prima che ciò avvenga, deve sciogliersi la figura della comproprietà, poichè un comproprietario non può esercitare il diritto di servitù sulla cosa da lui tenuta in comproprietà, come non potrebbe esercitare il diritto di proprietà sulla cosa in cui insieme ad altri un diritto di servitù egli esercitasse: le due forme si escludono a vicenda e per venire all'una di esse conviene o che l'altra non sia mai apparsa o che sia già scomparsa nella costruzione del fatto speciale. Allorquando però alla proprietà collettiva o proprietà comune tra privati si potè sostituire una proprietà pubblica del Comune o del villaggio, evidentemente gli stessi privati *uti cives* potevano su quei beni esercitare una *servitus pascendi* e avrebbero potuto stabilire una tale servitù senza titolo di costituzione, ma per lungo e pacifico uso e per tolleranza quasi intenzionale delle amministrazioni comunali, le quali dovevano comprendere che gli utenti locali, stante la loro povertà, non avrebbero potuto corrispondere alcun canone veramente adeguato per il loro uso del pascolo. Ed ecco come, non potendo adibirsi quei terreni fuorchè a pascolo, il territorio comunale poco a poco si trovò gravato di questi usi civici, ormai legittimati nell'opinione universale e il lottare contro i quali ad ogni modo sarebbe stato argomento di grave impopolarità per gli amministratori comunali. Più grave, storicamente, è lo studio del costituirsi di quella proprietà pubblica o direttamente o per sostituzione alla proprietà privata; in quest'ultimo caso senza la costru-

Digitized by Google

zione enfiteutica, la quale potrebbe spiegare il pagamento di un lieve canone da parte dell'antico proprietario rimasto semplice utente del pascolo. Ad ogni modo, o con enfiteusi o senza, la tenuità del corrispettivo eguale in entrambi i casi porta direttamente agli attuali usi o servitù civiche e ci mette sulla strada di quello stato di fatto che oggi si è trattato di sistemare senza aver riguardo alle sue origini storiche e al suo svolgimento.

81. Anche per diritto romano la servitù del pascolo poteva portare con sè dei limiti: una volta si diceva che la concessione poteva esserne fatta in modo indeterminato o determinato; e ciò pure al difuori della massima che *servitute civiliter est utendum,* e oltre la portata di questa regola stessa, che si traduce nel non recare molestie inutili al proprietario e ai suoi metodi agricoli e nel non condurre al pascolo un bestiame troppo numeroso o sproporzionato colla superficie destinata alla servitù. E, venendo più dettagliatamente alle limitazioni naturalmente e civilmente insite nell'esercizio della servitù del pascolo, anzitutto il diritto di pascolo stesso non può essere esercitato con qualsivoglia specie di bestiame, bensì soltanto con quegli animali a cui sono adattati i pascoli così per qualità come per ubicazione e per ogni altra circostanza di fatto. Non si può condurre al pascolo un capo di bestiame malato (nella specie, di malattia infettiva), perchè la sua malattia si potrebbe propagare al bestiame del proprietario del fondo; nè si possono condurre al pascolo animali che possano recar danno ai pascoli; come i maiali che sconvolgono il terreno col grufolare, nè le oche per la loro letamazione corrosiva. E, se si tratta di servitù acquistata per prescrizione, essa non può esercitarsi che colla specie e coi capi di bestiame che furono adoperati e condotti durante il trascorso del periodo necessario a prescrivere. Al difuori di queste regole e quando non si tratti di acquisto per prescrizione, il titolare della servitù non può adoperare il diritto di pascolo se non la quantità di capi proporzionata alla grandezza e specie del pascolo e alla quale possa corrispondere la necessaria equivalente pastura invernale nel fondo del proprietario del gregge; permodochè un tal diritto

Digitized by Google

nel fondo altrui corrisponda al risparmio del fondo proprio, che, per la parte la quale (se la servitù non esistesse sul fondo altrui) altrimenti dovrebbe adibirsi a pascolo, così invece può adibirsi a coltura intensiva.

Questo ragionamento ci conduce all'applicazione dei criteri sulla servitù prediale, perchè ci pone in relazione due fondi, due aziende prediali: quella del proprietario del fondo dominante e l'altra del proprietario del fondo serviente; e queste due aziende ci fa considerare secondo le regole di sistemazione generale, alle quali presso i Romani informavasi l'agricoltura pratica. Così, poichè VARRONE ci dice che il proprietario di un fondo deve disciplinare nel fondo stesso tanto ciò che riguarda l'agricoltura, quanto ciò che riguarda la *pastio agrestis* (cioè il pascolo nei campi, nei prati, nelle selve, nei boschi) o la *pastio villatica* (pascolo per la villa e luoghi circostanti per gli animali isolati); evidentemente noi dobbiamo ritenere che il risparmio della *pastio agrestis* va a tradursi in benefizio dell'aratura e della semina, e che questo risparmio vada riferito non già sempre e necessariamente ad un bisogno del fondo dominante per la nutrizione delle sue bestie da lavoro o bestie di dotazione, ma possa anche condurre ad una maggiore e migliore utilità del fondo dominante medesimo, nel senso che quanto è risparmiato al pascolo nel fondo dominante sia ivi riservato all'aratura e al semenzato. Insomma la servitù del pascolo può presentarsi come necessaria (ed allora non è neppure indispensabilmente legata ad un fondo dominante), ma può anche figurarsi come volontaria e *ad maiorem utilitatem:* in questo secondo caso ha pure in sè quel tanto d'interesse che ne giustifica l'esistenza e la possibilità giuridica stessa. Ma appunto in una tale opportunità o proporzione dell'uso al rispettivo bisogno sta la ragione dei limiti di questa servitù stessa e della sua manifestazione estrinseca; per la qual cosa, se vi è vera servitù prediale, il concetto del risparmio di una meno buona utilizzazione del fondo dominante, e, se non vi è servitù prediale, il concetto di un pascolo per bestie che non siano da lavoro si è accentuato man mano in seguito coll'indipendenza della pastorizia dall'agricoltura e colla costituzione di una classe autonoma di pastori, diversa da quella degli agricoltori. Criteri

Digitized by Google

più generali ancora e meno determinabili presiedono al limite della servitù nella costituzione e nell'esercizio di essa. In tal caso, mancando una limitazione contrattuale o per diuturnità di uso corrispondente a modo di acquisto, si ricorre ai principî di ragione circa la comportabilità della servitù per il fondo serviente. L'antico diritto romano pare non concepisse o non svolgesse questa seconda ipotesi, esorbitante dal concetto di vera servitù prediale: e questa corrisponde al rigore sostanziale e formale nella concezione delle servitù tipiche in genere e del tipo di servitù di pascolo in modo speciale. Perciò fu anche detto che il proprietario del fondo dominante non può portare a pascolare sul fondo serviente se non i capi di bestiame addetti al fondo dominante e quegli altri capi che il proprietario del fondo dominante stesso avesse preso a fitto per sopperire all' insufficienza dei capi di sua proprietà; ma non oltre quanto può concernere il servizio del fondo dominante, e molto meno a scopo di trarre lucro dal pascolo situato sul terreno del fondo serviente.

Vi sono limitazioni anche per ciò che riguarda il tempo del pascolo secondo le consuetudini locali e i regolamenti della pubblica autorità; in mancanza dei quali criteri si deve aver riguardo soprattutto al genere e alla qualità del fondo sul quale il diritto di pascolo va ad esercitarsi. Le limitazioni per il tempo sono principalmente corrispondenti ai bisogni del periodo estivo e a quelli del periodo invernale; talchè durante i rigori del freddo il bestiame possa trattenersi in pianura e possa restare in montagna durante il periodo di caldo grande. Se si tratta di macchie, lande o altre terre incolte, non vi è altra limitazione al pascolo, da quella infuori che dipende dal bisogno del proprietario del gregge e dello stesso gregge: se si tratta invece di pascoli stabiliti su terreno coltivato, come sui prati, sui campi, sulle boscaglie, in tale ipotesi conviene aver riguardo alle esigenze per la raccolta dei frutti nel fondo serviente, e perciò il pascolo non è ammesso se non quando sono stati del tutto raccolti i frutti su tutti i punti del fondo serviente, poichè la servitù non può sostanzialmente intaccare nel loro contenuto i diritti del proprietario se non in quanto strettamente tali diritti costituiscano anche il contenuto esclusivo della servitù stessa, ossia

Digitized by Google

il contenuto della servitù escludente corrispondente contenuto nell'esercizio della proprietà.

Questo significa esercitare una servitù in genere ed una *servitus pascendi* in ispecie, con quella moderazione dalla quale si può giustificare l'avverbio *civiliter* che così sovente si adopera per indicare l'assenza di ogni scopo emulativo oltrechè di ogni esorbitanza vera e propria *in actu* ossia nel diretto esercizio della facoltà giuridica derivante dalla servitù stessa. E quì vengono fuori le regole che ci fornisce l'agricoltura a seconda della coltivazione dei fondi sui quali è accordato il diritto del pascolo. Anzitutto per calcolare la estensione del pascolo necessario per ogni capo di gregge pecorino o di gregge caprino, a seconda della qualità del pascolo stesso (e questo calcolo non c'interessa sotto il punto di vista giuridico); e quindi per regolare periodi e modalità di esercizio a seconda dei tempi e dei luoghi. Se si tratta di prati destinati principalmente al foraggio o alla pastura, quelli a un taglio solo restano in balìa della servitù appena finita la raccolta del fieno, nè il proprietario del prato può raccogliere ancora le stoppie o l'erba tenera (guaime) che vi nasce dopo la raccolta del fieno: la servitù è in piena attività e potenzialità di esercizio, appena compiuta la falciatura del prato. E se il prato è a due tagli, la servitù comincia ad esercitarsi dopo il secondo taglio: se è a tre tagli, dopo il terzo taglio.

In Italia la falciatura ha un periodo vario a seconda delle regioni, e dal maggio, come avviene nel Mezzogiorno, si protrae al luglio e all'agosto nelle parti più settentrionali e montuose. Vi è un'altra qualità di terreni coltivabili e di coltivazione dei medesimi: allorquando cioè il fondo serviente è coltivato un anno a prodotti estivi, un altro a prodotti invernali, e il terzo anno è lasciato in riposo, e in questo anno appunto può essere adibito a uso di pascolo. Ma questo riposo del fondo dopo un periodo di coltivazione uniforme o di rotazione agraria non si presume e dev'essere provato con mezzi opportuni: anzi il favore alla libertà dei fondi e il giusto interesse ad una coltivazione continua lasciano invece supporre o presumere che periodi di riposo non ve ne siano e che quindi non vi sia posto per l'esercizio della servitù;

Digitized by Google

se pure questa non resulti o da un contratto espresso o da consuetudine ben saldamente radicata in quella zona di territorio. Se si tratta di boschi, può esercitarsi in ogni tempo un pascolo concesso indeterminatamente; ma se si tratta di boschi cedui, la servitù non deve compromettere l'esistenza della pianta, epperò, finchè le foglie degli alberi sono a portata dei denti di quei rosicatori esimii (che sono pecore, capre, bovi, ecc.), non si può pretendere di portarvi a pascolare una greggia, perchè questo guasterebbe tutto, e non solo farebbe perdere la raccolta dell'annata in corso, ma comprometterebbe l'esistenza stessa dei giovani rampolli ed anche, più o meno direttamente, della pianta tutta quanta essa è. Si comprende di leggieri che, anche se non vi è patto espresso in questo senso, per la natura medesima del diritto frazionario si debbono far salvi gli interessi della proprietà e il diritto del proprietario del fondo all'integrità dei soprasuoli che costituiscono la dotazione fruttifera del fondo stesso: se si decidesse altrimenti, la servitù, ossia il diritto frazionario, sarebbe tratta ad avere il sopravvento sulla proprietà, vale a dire sul diritto pieno. Ma se vi è titolo di concessione e questo titolo stabilisce le modalità della concessione stessa, a queste modalità è d'uopo esser fedeli nell'esercizio della servitù come a qualsiasi modalità nei negczi giuridici derivanti dalla volontà diretta dell'uomo. E ciò tanto se le modalità riguardano il tempo del pascolo, quanto se riguardano la qualità e quantità del bestiame: la difficoltà origina soltanto per le modalità non previste nella convenzione. Così si domanda per quanto tempo gli agnelli da latte che seguono le loro madri, contate tra i capi del pascolo, non facciano numero a sè nel calcolo dei capi stessi agli effetti dell'esercizio della servitù: se pure non s'intenda propendere per l'esclusione completa di tali soprannumeri non contati. Quest'ultima opinione è supremamente rigorosa, quantunque si fondi sul concetto che prescrive un'interpretazione ristrettiva in materia di tuttociò che riguarda limitazione al diritto di proprietà, e verrebbe quasi il desiderio di applicarle la condanna di *summa iniuria* che si infligge di solito al *summum ius*. E di vero, si possono forse durante il tempo del pascolo separare dalle proprie madri i rampolli lattanti? Conviene tener presente a questo

Digitized by Google

riguardo due circostanze perspicue: la prima che l'operazione del pascolo per una greggia, anche mediocremente copiosa, dura certo molto più a lungo dell'operazione dei pasti umani (eppure anche durante i pasti umani le donne sovente interrompono per allattare i propri bambini); la seconda che, dato pure e non concesso che l'allattamento dei neonati possa procrastinarsi di ora in ora, gli allievi degli animali abitualmente non vivono se non accanto alle proprie madri e le seguono camminando e dimorano fermi dove dimorano esse e stanno sempre dove quelle stanno. Pare quasi che il neonato abbia e conservi un legame fluidico colla sua genitrice, alla cui voce ubbidisce docilmente e quasi premurosamente: spettacolo singolare ma vero, che discende dalle leggi della natura e non dalle leggi dell'uomo! E perciò l'uomo colle sue leggi non può separare quegli esseri che la natura unì e tiene uniti per il periodo dell'allattamento; in caso diverso si avrebbero inconvenienti più gravi di quelli che potrebbero temersi dalla presenza di questi eventuali soprannumeri. Del resto si sa che i capi messi in conto e riconosciuti di sesso femminile o come tali determinati, per uso o per convenzione, portano seco la possibilità o rischio (che dir si voglia) di questa specie di accessori lattanti, inseparabili per ragione naturale; ed allora evidentemente il calcolo si può sin dapprincipio concretare con una certa approssimazione o con calcolo di massimo e medio. Del resto, questi esseri lattanti, che i poeti pastorali chiamano *i teneri agnelli*, non possono recare un danno eguale a quello dei loro genitori: appunto perchè sono lattanti non divorano i vegetali e il maggior fastidio essi lo cagionano piuttosto col passare, coll'attraversare, coll'invadere, che non col consumare o distruggere i prodotti. Molte volte appunto si tratterà più di fastidio che di vero danno e il proprietario del fondo si lamenterà per un esagerato sentimento del proprio diritto, se non addirittura per causa di emulazione: lo che non è da approvarsi, nè può formar base di tutto quanto un sistema di tutela giuridica. S'intende però che questo discorso si attaglia al periodo di allattamento e non va più oltre di lì; quindi, siccome gli agnelli si slattano di Pentecoste, dopo questo tempo l'agnello forma capo a sè e non può più seguire la propria madre

Digitized by Google

fuori conto. Evidentemente, se da un canto conviene essere equi e tener conto della naturale prevedibilità degli eventi, dall'altro non conviene essere troppo cedevoli in materia di limitazione alla proprietà privata, allorchè questa si trova di fronte ad un diritto minore perchè frazionario: l'equità non va certamente a ledere la posizione giuridica rispettiva del proprietario e dell'utente, i quali debbono stare al posto loro e non esorbitare dalle rispettive facoltà così precise nella loro rispondenza ai principî giuridici sulle cose e sulla loro disponibilità o utilizzazione pratica. E neppure è difficile, caso per caso, determinare fin dove possano giungere gli atti di esercizio della servitù e dove questi debbano necessariamente arrestarsi.

Le limitazioni alla servitù del pascolo potevano, come possono oggi, essere anche orarie, e cioè corrispondere ad ore determinate, all'infuori delle quali il pascolo stesso non si possa esercitare.

Questa specie di limitazioni dipende o può dipendere non solo dall'esercizio del diritto del proprietario, ma anche dall'esercizio di altri aventi il diritto alla servitù del pascolo; poichè non è escluso che un medesimo fondo, anche promiscuamente quanto al territorio, ma separatamente quanto alle ore, sia sottoposto alla servitù suddetta a benefizio di più utenti e per diverse greggie. Lo che può avvenire nei latifondi quasi del tutto incolti e allorchè il territorio pascolivo è sovrabbondante e può essere utilizzato da numerosissimi capi di bestiame; allora è evidente non potersi impedire al proprietario di trarre dal fondo il maggior benefizio possibile col sottoporlo al vincolo d'uso del pascolo a favore di estranei. Quando di pascolo ce n'è un po' per tutti e magari ce ne avanza pure, non è il caso di stare a lesinare nè sulle ore nè sulla quantità dei pascolanti: soltanto se un nuovo pascolo fosse concesso ad un altro utente con danno o diminuzione del pascolo assegnato agli altri utenti, si potrebbe dagli aventi interesse fare opposizione alle nuove concessioni, perchè queste abbiano leso i loro diritti precedentemente acquisiti. Ed allora l'azione dell'utente che si ritiene leso è rivolta da lui direttamente contro il proprietario e non contro gli altri utenti o l'altro utente del pascolo: ed è una delle solite azioni

Digitized by Google

che si dànno a tutela delle servitù e delle quali abbiamo parlato nella parte generale del trattato. Evidentemente i due o più utenti della servitù del pascolo non si trovavano punto di fronte fra di loro e rimanevano sempre estranei nei rapporti reciproci, i quali si finalizzavano o sistemavano in fine secondo l'esito delle controversie tra il proprietario e l'utente che si pretendeva leso per il nuovo sfruttamento del fondo stesso su di cui il pascolo si esercitava. A loro volta, i nuovi utenti, se per l'esito di questa lite saranno obbligati a rinunziare al loro uso e pascolo del loro bestiame, non possono dal diritto reale ridotto nel nulla trarre maggior profitto di quello che può risultare da un semplice risarcimento dei danni sofferti; perchè prima di acquistare (magari onerosamente) quello ch'essi credevano in buona fede un diritto reale possibile o ammissibile sul fondo, avrebbero dovuto informarsi sullo stato di libertà del fondo stesso e quindi sulla sua capacità di essere sottoposto ad un nuovo onere, tenuto conto degli eventuali oneri già esistenti sul fondo stesso fino a quel punto. Perciò il vecchio utente, in questo caso, si trova in condizioni migliori del nuovo utente o pretendente alla utenza: egli è, come si direbbe, in possesso del diritto d'uso e dell'uso od esercizio del diritto di servitù e ogni vincolo sopravveniente, assunto dal proprietario del fondo che gli serve, non può senza suo consenso portargli lesione; trattandosi di un diritto reale che non può neppure ammettere surrogazione in una prestazione pecuniaria, esattamente e sotto il punto di vista giuridico.

Certo è d'altra parte che, se l'esercizio della servitù preesistente avesse ecceduto dai suoi esatti e giusti confini, il proprietario, in occasione di una nuova concessione di uso o di servitù di pascolo, potrebbe richiamare l'esercente di quella servitù ossia di quel pascolo a tenersi nei confini legali del suo diritto: purchè non si fosse da lui acquistato per prescrizione il di più che costituirebbe altrimenti il suo esercizio abusivo, che in un caso simile non sarebbe più abusivo ma avrebbe anche attitudine a divenire legittimo. Oltre a ciò le limitazioni di tempo possono essere necessarie quando è stabilito un turno per far partecipare più persone o più famiglie a pascoli comuni o comunali. Allora evidentemente

Digitized by Google

conviene stabilire una regola invariabile per evitare la confusione che sorgerebbe dalla contemporaneità di due o più usi su di una stessa zona di territorio. Le limitazioni inoltre possono anche consistere nella modalità del pascolo: per cui un dato utente non possa col suo gregge o bestiame percorrere una data via o più date vie, ma debba invece percorrere una via sola, tanto nell'andare al pascolo quanto nel tornare da esso.

Altre modalità si possono imporre al bestiame: come quella di passare *in vinculis* attraverso gli spazi coltivati prima di giungere alla parte riservata al pascolo; quella di essere attaccato a pali confitti nel suolo per non poter trascorrere oltre allo spazio riservato per il pascolo; quella di raccogliere in un sol punto lo sterco che questo gregge può produrre durante la sua permanenza sul posto; quella di una data specie di sorveglianza ad esclusione di ogni altra specie consimile; quella di intercalare la pastura coll'abbeveraggio (se anche questo è dato in un medesimo fondo serviente nel quale si dà il pascolo) con determinato intervallo e con altre determinate cautele, vuoi per evitare l'inquinamento delle acque, vuoi per altri scopi diversi da questo.

Il numero e la specie delle cautele può andare oltre il limite di qualsivoglia ipotesi, e può essere molto variamente determinato a seconda dei casi; deve però, in mezzo a tutte queste limitazioni, rimanere intatto lo scopo fondamentale di apprestare il pascolo a chi può averne bisogno e deve provvedere all'alimentazione della sua greggia, sia perchè non possa approfittare del suo fondo, sia perchè voglia risparmiarlo e dedicarlo ad una destinazione più proficua. Sarebbe strano difatti che si parlasse di una servitù di pascolo, senza che questa racchiudesse in sè il contenuto minimo del pascolo: poichè le limitazioni, se fossero esorbitanti, non di rado potrebbero compromettere l'esistenza del diritto stesso. Perciò la limitazione non vuol confondersi colla diminuzione; e quando si pongono delle limitazioni non si deve però intaccare sostanzialmente il diritto limitato, nella sua struttura od ossatura fondamentale, nelle sue linee invariabili, nelle sue basi che non possono crollare senza trascinare con sè l'istituto tutto quanto esso è e si addimostra di fronte alla proprietà

Digitized by Google

fondiaria di cui è limite. Così al gregge è impossibile calcolare rigorosamente la quantità e qualità di pascolo (la qualità se si tratta di pascolo misto) che esso deve consumare ogni giorno: poichè anche il bestiame come l'essere umano ha i suoi giorni di maggiore appetenza per le vivande e perciò di maggior consumo e naturalmente anche quelli di minore appetito e di minore consumo. Il sistema migliore sarebbe quello di assegnare le zone o appezzamenti di ciascun fondo destinati alla servitù del pascolo di una determinata greggia, in modo che il bestiame stesso non potesse recarsi altrove nè potesse pascolare e consumare fuori del suo riparto. Questo è evidente; anzi ogni altro metodo di regolamento della quantità e qualità del pascolo sembra errato e pericoloso quanto mai, perchè indeterminato e atto alle contestazioni che derivano da interpretazione diversa. Queste limitazioni, del resto, anche se non furono dapprincipio o esplicitamente pattuite, sorgono o possono sorgere in seguito dal diuturno esercizio della servitù, anche *ex re ipsa* e implicitamente, non potendosi nel caso in oggetto circoscrivere o limitare in modo alcuno le regole generali d'interpretazione dei negozi giuridici, nè vigendo alcuna restrizione nelle regole che presiedono alla limitazione di un diritto frazionario della proprietà. Certamente, limitazioni tipiche non si debbono prescrivere, per quanto la servitù sia per sè stessa tipica; e quantunque la storia interna dello *ius pascendi* additi di per sè stessa i casi più frequenti di limitazione che i Romani ammisero nell'esercizio di un tal diritto sull'altrui proprietà. E lo stesso ragionamento che si fa per le servitù tipiche, corre ancora per le limitazioni tipiche: il tipo di limitazione, come quello di servitù, si delinea grado grado attraverso l'uso e la pratica, si aumenta con elementi affini e con detriti che gli pervengono da ogni parte e che esso assimila e classifica a grandi linee; ma non perciò esclude le neo-formazioni che da esso grado grado vanno distaccandosi o per rivolgersi ad altro tipo o per non formare tipo di sorta, ma vivere e svilupparsi per conto proprio in una specie lontana da qualsiasi tipo e magari in quel dato momento storico inadatta a disciplinarsi sotto un tipo quale che sia, e quindi disposta a vivere per suo proprio conto sotto l'influenza delle regole generali del

Digitized by Google

diritto. La difficoltà maggiore sarà, sotto il punto di vista probatorio, nel riconoscere le limitazioni come le modalità che sorgono dall'uso stesso e nel darvi corpo in modo da non urtare contro la struttura della servitù. Del resto, praticamente, una servitù di pascolo senza limitazioni non può neppure concepirsi, massime allorchè si tratta di pascolo in fondi sottoposti ad una certa, maggiore o minore, coltivazione intensiva: le limitazioni si riferiscono non alla servitù stessa di cui, in sostanza, rappresentano il contenuto, ma a quella esteriorità di diritto economicamente pieno, che la servitù stessa di pascolo sembra rivestire allorchè il pascolo costituisce il reddito più cospicuo del fondo. Però, bene considerando, non v'ha limitazione la quale non sia, per così dire, compenetrata nell' ingranaggio e congegno dell' istituto frazionario della proprietà e dello stabilimento o attività industriale o patrimoniale della quale quell'istituto medesimo serve di riscontro: e il magistero stesso di tali limitazioni comprende tutta quanta la teoria e la pratica del caso speciale, nè si allontana per vie remote dal contenuto del diritto quale esso è, e sorge così dalla convenzione come dal fatto, dal lungo esercizio come da una sentenza di magistrato.

Molto probabilmente vi sono delle limitazioni utili alla proprietà; certamente vi sono limitazioni necessarie perchè questa non sia compromessa nel suo contenuto sostanziale, nella sua natura intima e invariabile, inerenti alla sua conformazione e al suo esercizio. Per fortuna, in questa materia, la conciliazione tra la proprietà e la sua servitù non risulta tanto dalla teoria, quanto dalla condizione dei fatti e dall'esercizio dei diritti; talchè, anche in via sperimentale, volendo, si potrebbe mettere a posto il contemporaneo esplicamento così dell'una come dell'altra, senza eccedere in alcuno dei due sensi. La qual cosa specialmente viene in considerazione allorchè si tratta dell'incontro della proprietà e della servitù del pascolo in un medesimo tempo e luogo; vale a dire allorchè non solo l'utente del diritto frazionario della proprietà ma il proprietario stesso conducono a pascere il rispettivo gregge sulla medesima zona territoriale, sempre supposto che di pascolo ve ne sia abbastanza così per l'uno come per l'altro, quantitativamente parlando. Che se il pascolo non sia suffi-

Digitized by Google

ciente per entrambi, ossia per il proprietario e per l'utente della servitù, s'intende che il proprietario deve rassegnarsi a veder menomata o ridotta al nulla la sua facoltà di pascolare il proprio gregge, e l'utente per questa facoltà di sfruttamento del pascolo si viene a sostituire in tutto al proprietario stesso, il quale così può anche trovarsi ridotto a cercare alimento per la propria greggia in pascoli appartenenti ad altri preprietari e collo stesso sistema dell'imposizione e dell'esercizio della servitù su fondo di un terzo, quantunque egli senza servitù ne possa avere abbastanza nel suo fondo per il pascolo del proprio gregge.

Ma qui si cade in un altro ordine d'idee: noi diremo soltanto che in una medesima servitù le limitazioni possono graduarsi tra un contenuto massimo e un contenuto minimo, e quest'ultimo deve restar sempre salvo, perchè, altrimenti, al disotto di esso non si avrebbe più traccia di servitù prediale e si avrebbe magari una concessione precaria o un semplice servigio di buona vicinanza, senza il contenuto preciso di un diritto fornito di azione e di per sè stante. In questa materia non v'è altro di meglio che riferirsi al caso particolare e darvi quella costruzione giuridica che ad esso maggiormente si appropria e che lo caratterizza dalle altre figure contermini e parallele: avvertendo sempre di non confondere in modo assoluto l'attività economica che costituisce, per così dire, il valore e l'utilità del pascolo, colla conformazione giuridica del relativo istituto per gli estremi fondamentali che lo costituiscono e per la sua contrapposizione alle funzioni della proprietà, di cui costituisce la limitazione. Epperciò, trovandoci nel campo di limitazioni alla limitazione, l'opera nostra non dev'esser poi tanto difficile da renderci possibili gravi inesattezze: poichè, in fin dei conti, si tratta sempre, piò o meno, di affermare il valore della proprietà, che è il tipo più perfetto dei diritti privati sulle cose, nella sua illimitata disponibilità di ogni funzione attiva secondo l'umano volere e il disegno del proprietario. La limitazione della servitù importa quasi un riassorbimento nella proprietà dei poteri nella servitù stessa compresi, in modo da rafforzare la pienezza dell'istituto ottimo massimo relativo alla disponibilità sugli immobili: economicamente parlando poi, si ha

Digitized by Google

come una semplificazione di attività e di funzioni e il frazionamento delle utilità si elimina o resta diminuito, mentre dal lato giuridico le complicazioni stesse rimangono sensibilmente ridotte. Di più le servitù del pascolo, su di una data estensione territoriale, possono trovarsi a contatto con qualche altra servitù, come ad esempio colla servitù di passaggio conceduta magari ad altro titolare diverso da quello che eserciti il pascolo, come anzi di frequente può avvenire. Ed allora conviene cercare un contemperamento pratico tra queste due specie di servitù su di un medesimo territorio; poichè, in teoria, trattandosi di servitù che *in facultate* hanno un contenuto diverso, non vi ha tra di esse alcuna possibile contraddizione. Nel caso poi di conflitto tra l'una e l'altra servitù, conviene non solo metterle a fronte reciprocamente perchè giustifichino il loro titolo o il loro uso, ma conviene altresì continuamente considerarle in rispetto alla proprietà la quale è sempre immanente e salva tanto se vi sia la sola servitù di pascolo, quanto se oltre alla servitù di pascolo vi incomba pur quella del passaggio. Questa reciproca limitazione e questo reciproco contemperamento deve dunque estrinsecarsi anzitutto e sostanzialmente tra ciascun titolare del diritto frazionario e il proprietario del fondo sul quale il diritto stesso va ad esercitarsi; poichè questa è la procedura che garantisce ed assicura l'esercizio della servitù, la quale non rappresenta un diritto personale ossia contrapposto ad una persona e che si eserciti verso o contro una persona o nel rapporto tra due persone che non siano l'esercente il diritto frazionario e il titolare ed esercente della proprietà.

82. Conviene distinguere il diritto di pascolo del proprietario dal diritto di compascolo propriamente detto. Il proprietario, tra gli altri diritti che gli spettano per l'utilizzazione del suo fondo, indubbiamente ha pur quello di farvi pascolare il proprio gregge *iure proprietatis* per tutta quanta la superficie del fondo stesso. Ma, se su quel fondo si trovi imposta una servitù dello stesso contenuto o più servitù del contenuto medesimo, ossia del pascolo, entra necessariamente in campo la questione del contemperamento; vale a dire si tratta di ricercare se e fino a qual punto il diritto del pro-

Digitized by Google

prietario del fondo possa conciliarsi col diritto dell'esercente la servitù di pascolo sul fondo stesso: è sempre, in una parola, la solita questione di adempiere i patti e di secondare il lungo uso, senza distruggere nè l'essenza del diritto di proprietà nè il contenuto fondamentale della servitù. Ricercando accuratamente in tale questione, si è visto che è possibile spetti al proprietario, accanto al diritto dell'esercente la servitù, un diritto di contenuto affine: lo *ius compascendi*, ossia il diritto di usare contemporaneamente e *iure proprietatis* quel diritto di cui usa anche l'altro ma *iure servitutis*. Praticamente, quando ve n'è per entrambi, proprietario ed esercente la servitù, questioni non se ne fanno: la controversia sorge soltanto allorchè si tratta di cozzo tra queste due specie di diritti sulla stessa superficie territoriale, sullo stesso pascolo, permodochè sia incompatibile la contemporaneità dell'esercizio e o il proprietario o l'utente debbano finire col sacrificare l'esercizio di una parte del proprio diritto. Se il pascolo scarseggia tanto per il proprietario quanto per l'utente della servitù, molto maggiormente dovrà scarseggiare per entrambi insieme; ed allora sarà il caso di dar la preferenza all'uno sull'altro, a seconda della natura del rispettivo diritto e facendo salve le norme fondamentali di economia giuridica. Nel caso di dubbio fu risoluto dalla pratica a favore della presunzione del compascolo o *ius compascendi*, ritenendo questo diritto come conseguenza del diritto di godimento che le leggi non attribuiscono ma bensì riconoscono al proprietario come inerente ai diritti di costui sul proprio fondo: e la risoluzione non può essere diversa, in base ai principî generali sulle funzioni della proprietà. Se però esistono altri elementi di giudizio, la cosa cambia aspetto: il compascolo può anche essere tolto al proprietario, oppure può essergli disconosciuto o vietato per buone ragioni, che per ogni caso speciale meritano una particolare considerazione e vogliono essere vagliate spassionatamente e senza prevenzione alcuna. Il titolare del pascolo può avere buoni argomenti per vietare al proprietario l'esercizio del compascolo o *ius compascendi*. Allorchè si può provare un diritto esclusivo di pascolo, per concessione del proprietario stesso, naturalmente non può sfuggirsi la conseguenza che dunque il

Digitized by Google

proprietario non possa avere ed esercitare il compascolo, *in eodem solo:* poichè l'esercizio del pascolo esclusivo non può conciliarsi col compascolo del proprietario, altrimenti non sarebbe più esclusivo, e cioè non escluderebbe simile diritto del proprietario o di altri. Nel dubbio perciò o quando una tale esclusività non risulta espressamente, o dal contenuto stesso della servitù o dal lungo esercizio di essa, si viene alla conclusione che il proprietario abbia un tal diritto di compascolo senza che l'esercente della servitù di pascolo possa a questo riguardo contrapporgli un divieto efficace: poichè, se fosse giusta una tale obbiezione, il diritto di proprietà resterebbe in balìa del titolare stesso della servitù. Per la stessa ragione e d'altro canto, non si perde senz'altro per non uso il diritto al compascolo che spetta al proprietario; perchè questa del compascolo *iure proprietatis* è una facoltà spettante al proprietario per la ordinaria estensione del suo dominio sulla cosa e non gli è accordata già per qualche ragione che si sovrapponga alla ragione della proprietà. La facoltà di pascere sul fondo è per il proprietario come la facoltà di seminare e di mietere, di piantare e di staccare i frutti dalle piante, di scavare e asportare il minerale; anzi, essendo esercitata sulla superficie del suolo, non può come quest'ultima essere staccata dalla proprietà neppure sotto l'influenza di qualche teoria nuova che volesse far penetrare nel sottosuolo la mano e l'opera di persona diversa dal proprietario stesso del suolo al quale il sottosuolo si riferisce. E come il proprietario può tenere quanto tempo vuole il suo fondo senza seminarvi nè piantarvi, senza però perdere il diritto di farlo un giorno secondo il suo beneplacito; al modo stesso egli può pascolare quanto vuole e quando vuole la sua greggia, purchè naturalmente non impedisca il diritto alla servitù di pascolo acquisita sul fondo stesso e che ha diritto di contrapporsi alle facoltà competenti al proprietario e di escluderle solo in tanto in quanto tra quelle e queste vi sia vera e propria contraddizione.

Se quindi il proprietario non pascola più il suo gregge, perchè egli non si cura di usare di una facoltà inerente alla proprietà, egli non può vedersi legalmente contrapposto il diritto dell'utente la servitù, quando però tra i due non siavi

Digitized by Google

contrasto nel contenuto, come si ripete; non può vederselo contrapposto, in quanto suoni proibizione a lui di usare del pascolo, senz'altro e per il semplice fatto della esistenza della servitù stessa. Ma, nel caso di compascolo tra il proprietario del fondo e l'utente della servitù di pascolo stessa, si domanda a carico di quale dei due interessati, se del proprietario o dell'utente la servitù, debba mettersi la insufficienza del pascolo; e se quel poco di pascolo che può avanzare debba andare a beneficio del proprietario del fondo o dell'utente della servitù stessa di pascolo. Ordinariamente si risponde distinguendo a seconda che sia o no determinato il numero dei capi di bestiame che per servitù si ha diritto di far pascolare nel fondo altrui adibito a pascolo. Se tal numero è determinato, si dice che in caso di scarsezza della pastura per l'uso promiscuo, il proprietario deve cedere il passo, per così dire, all'utente della servitù e questo ha preferenza col suo gregge nel pascolo, fino a che non abbia esaurito (se è possibile) il contenuto del proprio diritto di servitù; anzi questa è la *communis opinio*, fondata sull'alienazione dei propri diritti che il proprietario ha volontariamente fatto a benefizio dell'utente della servitù e che naturalmente deve rispettare e adempiere, soprattutto allorchè vi è conflitto tra il suo diritto e il diritto dell'utente. Ma se il numero dei capi di bestiame non è determinato, sorgono i dissensi; poichè in tale ipotesi alcuni ritengono che debba essere preferito il proprietario del fondo serviente, altri che debba esser preferito l'avente diritto all'esercizio della servitù di pascolo. Accanto alla vecchia *communis opinio* fondata sulla distinzione tra la determinazione e l'indeterminazione della quantità dei capi di bestiame ammessi al godimento del pascolo, vi è l'opinione di coloro i quali sono per la prevalenza del diritto di servitù sul diritto di proprietà, purchè il titolare della servitù di pascolo non oltrepassi il numero dei capi di bestiame che egli potrebbe mantenere nel pascolo invernale fornito dal proprio fondo. Altri interpreti vogliono aver riguardo al titolo al quale fu acquistata la servitù di pascolo; perchè, se risulta acquistata per prescrizione, il proprietario del fondo serviente, in ogni caso, stando alla legge, sarebbe obbligato a lasciar pascolare tanto bestiame almeno, quanto l'avente di-

Digitized by Google

ritto al pascolo ne può svernare nei pascoli del proprio fondo: e ciò perchè l'acquisto per prescrizione essendo dato in pena della negligenza del proprietario contro il quale si prescrive, il proprietario stesso dovrebbe anche sotto il punto di vista giuridico essere considerato da un aspetto sfavorevole. Che se il pascolo si fosse acquistato mediante titolo contrattuale, si dovrebbe per la clausola *rebus sic stantibus* prender partito a favore del proprietario del fondo serviente. Altri ritengono che, nel caso d'indeterminatezza nel numero dei capi di bestiame ammessi alla servitù, tanto il proprietario quanto il titolare della servitù abbiano eguale diritto e debbano con eguale proporzione diminuire le proprie mandrie in rapporto alla diminuzione dei pascoli e con saggia economia distributiva. Una, relativamente recente, *communis opinio* dei pratici è in favore di quest'ultima soluzione. In mancanza di una disposizione espressa di testi romani, sembra a noi opportuno che debbano senz'altro applicarsi le regole generali di ragione e di diritto. E perciò, applicando questi principî, anzitutto ci sembra di poter dire che la determinazione o meno dei capi di bestiame, quanto a numero, non sembra a noi debba poter influire in un modo qualsiasi sulla risoluzione della controversia: la determinazione fatta espressamente o che si possa fare del numero dei capi di bestiame influisce bensì sulla determinazione del diritto; ma il contenuto di essa rimane esaurito, allorchè dalla quantità dei capi (indicata direttamente o desunta dalle circostanze del caso) si viene a ricavare il fabbisogno del pascolo. Dopo di ciò, non v'è altro da fare in base al numero dei capi di bestiame; la questione è del tutto esaurita, per quanto può avere attinenza al numero dei capi di bestiame, e ogni altra questione di diritto e di fatto deve risolversi in base a criteri diversi, s'intende di diritto e di fatto. Dunque anzitutto è d'uopo fissare e determinare chiaramente la portata della servitù e il contenuto, così positivo come negativo, della medesima: questa è la base di ogni procedimento che tenda a risolvere una questione qualsiasi in tema di servitù. E, dato pure che nell'atto costitutivo non sia espressamente determinata la quantità dei capi di gregge ammessi al pascolo per ragione della servitù, tuttavia dev'esserci il mezzo per

Digitized by Google

calcolare praticamente anche questo dato essenziale relativo al contenuto della servitù medesima. Stabilito questo, il pascolo non può spostarsi da tali determinate basi e noi siamo giunti a conoscere l'entità economica e giuridica della servitù, senza tornar più sopra un tale concetto quantitativo per effetti diversi da quello di limitare o determinare la portata di quella. Del pari, non ci sembra nè decisiva nè rilevante la distinzione tra servitù di pascolo acquistata per titolo e servitù di pascolo acquistata per prescrizione, nel senso di aggravare la mano verso un proprietario contro cui il diritto alla proprietà siasi prescritto.

La negligenza del proprietario del fondo sottoposto alla servitù del pascolo è già abbastanza punita per avere ammesso lo stabilimento d'una servitù sul fondo di esso; e non è il caso di estendere più oltre gli effetti di questa sua trascuranza, quasichè questa costituisse un marchio indelebile di degradazione giuridica anche nel campo dei diritti sulle cose, o sui patrimoni. Ammettiamo pure che il concetto ispiratore dell'acquisto a mezzo di prescrizione consista nel punire la trascuranza del proprietario del fondo, per non aver esso voluto o saputo difendersi dalle usurpazioni o dalle invasioni altrui; ma, fatto questo, anche qui può dirsi che la trascuranza del proprietario abbia esaurito in efficacia tutto il suo contenuto e che non possa entrare a decidere una questione di conflitto pratico tra il titolare della proprietà e quello della servitù. È piuttosto a domandare qual pascolo siasi veramente prescritto a beneficio di questi capi di bestiame; ossia quanti capi di bestiame effettivamente pascolarono per tutto il decorso del tempo impiegato a prescrivere secondo la legge. Fissata la quantità di tali capi di bestiame e stabilita così l'entità della servitù, il problema della insufficienza sopravvenuta del pascolo alla servitù e al diritto del proprietario deve risolversi facendo appello ad altri criteri. Del resto, se anche un contratto vi è, lasciando esso sussistere il diritto del proprietario al compascolo, la questione sorge sempre tanto se il numero dei capi aventi diritto all'uso della servitù è determinato quanto se è indeterminato: la clausola *rebus sic stantibus*, implicita nei contratti, neppure risolve la questione nel senso che la fatale e involontaria riduzione

Digitized by Google

del pascolo debba essere posta a carico dell'utente la servitù esclusivamente. La difficoltà deve risolversi ed eliminarsi coi criteri seguenti.

In primo luogo, se la servitù fu siffattamente costituita e sorse in modo da ammettere accanto l'esercizio del pascolo *iure proprietatis*, pascolo e compascolo devono sopravvivere entrambi a qualsiasi vicenda del fondo; l'uno segue le sorti dell'altro, la diminuzione nell'esercizio del diritto dell'utente corrispondendo alla diminuzione nell'esercizio del diritto del proprietario. In secondo luogo, il contenuto maggiore o minore della servitù, per quantità di capi pascolanti, non è da confondersi colla legge del minimo mezzo, che racchiude la servitù nei limiti più modesti contenuti nella sua esistenza, allo scopo di non turbare oltre il bisogno i diritti del proprietario: questa prescrizione del minimo mezzo attiene alle forme, alle modalità dell'esercizio e non già alla quantità del diritto per il suo contenuto. E di vero una greggia di cento capi, tenuta a rigore di minimo mezzo nell'esplicazione del diritto di pascolo del proprietario di essa può riuscire meno gravosa di una greggia di soli cinquanta capi, lasciati pascolare sbrigliatamente senza legge e senza regola: e la restrizione del pascolo stesso al minimo mezzo non importa già diminuzione dei capi che si conducono al pascolo, ma soltanto accenna ad un uso od esercizio più parsimonioso degli animali pascolanti. Se dunque diritto del proprietario e diritto dell'utente debbono continuare sempre a coesistere, si dovrà all'uno e all'altro di essi imporre una riduzione proporzionale al numero dei capi di bestiame rispettivi; in guisa che, pur dopo una tale riduzione, entrambi i diritti continuino a sussistere per quanto è possibile e che lo stesso danno gravi del pari sull'uno che sull'altro. L'uguaglianza del danno, naturalmente, corrisponde alla giusta proporzionalità di esso ai diversi interessi concorrenti; per cui non si debbano sottrarre tanti capi dall'una greggia quanti dall'altra, ma tanti capi dell'una e dell'altra quanti ne servono per falcidiare la greggia rispettiva in giusta proporzione. Così la perdita è equamente distribuita tra le parti e non può dirsi che il diritto frazionario abbia minor forza di diritto *in re aliena* di quanta ne abbia la proprietà stessa *in*

Digitized by Google

re propria, nè che la proprietà venga ad essere sopraffatta dalle sue limitazioni.

Fissando con maggiore attenzione lo sguardo sul compascolo, anzitutto ci si presenta la definizione dello HELLFELD: *compascui est ius, quo diversorum praediorum dominis in suis fundis reciproce, vel in tertii fundis coniunctim, pascere licet.* L'idea del *coniunctim* e del *reciproce* accenna già ad uno stato di comunione, e si ammette già fin dapprincipio che questa comunione possa anche estrinsecarsi *in suis fundis;* ossia che il proprietario del pascolo, esercitando il relativo diritto *iure proprietatis*, possa ritenersi entrare nello stato di comunione giuridica coll'utente la servitù sullo stesso pascolo, poichè l'esercizio di questo pascolo avviene congiuntamente o promiscuamente. Però, per avvisare ad una perfetta comunione, altri ritennero che non solo le parti avessero diritto di usare lo stesso pascolo, ma anche di usarne allo stesso titolo, o di proprietà cioè o di servitù. Ed allora di compascolo v'avrebbero due specie caratteristiche: *compascuum in specie sic dictum* o *ex familiaritate concessum*, ovvero *ex iure condominii:* e ciò quanto al soggetto. Il *compascuum ex familiaritate* corrisponderebbe alla concessione scambievole di due o più proprietari sui rispettivi fondi, a titolo unicamente precario e di servizio o ufficio personale, per pura amicizia e forse anche per evitare in taluni casi qualche litigio. Praticamente, talvolta queste concessioni precarie possono farsi per evitare i guasti del seminato e non perchè colui al quale l'uso è concesso manchi assolutamente di pascoli propri; ma molte volte perchè, come dicemmo, i pascoli sono troppo vicini alle zone seminate, da una parte, e dall'altra (cioè dalla parte del vicino) precedono il seminato e ne rendono non necessario nè utile l'attraversamento, essendo il seminato stesso, di fronte al fondo dominante, al di là del pascolo. Quì si tratta dunque, più che di un diritto, di una concessione a precario, ossia di una concessione perfettamente revocabile *ad libitum* del concedente, senza obbligo di giustificazioni nè di schiarimenti da parte sua e per atto di libera disposizione e di non meno libera destinazione. E tanto si ritenne il precario caratteristico di un tale *compascuum ex familiaritate*, che, quando si avesse una vera

Digitized by Google

e propria servitù di pascolo scambievole, s'intendeva esistere soltanto impropriamente una tale specie di pascolo: epperciò, in tal caso, l'abolizione dell'esercizio della servitù di compascolo non poteva essere esclusivamente unilaterale. *Compascuum* poteva dirsi allora, ma non certo *compascuum ex familiaritate:* e neppure per diritto di condominio sul fondo nel quale il pascolo si trova. Nel caso di dubbio se il pascolo sia ammesso a titolo di servitù ovvero a titolo di precario, taluno ricorse alla presunzione del precario come soluzione meno ostativa alla naturale libertà del fondo; mentre altri preferì la presunzione del titolo di servitù, per essere il precario una forma di godimento instabile e al tutto infuori dell'àmbito di rapporti giuridici veri e propri. Con un concetto analogo, la presunzione di scambievole servitù di pascolo si applicherebbe nel caso di regolare esercizio del pascolo tra due o più vicini nel loro rispettivo territorio; e la presunzione del precario si applicherebbe invece nell'ipotesi di esercizio saltuario e irregolare, tanto per ragione di tempo quanto invece o nello stesso tempo per ragione di luogo. Come criterio empirico, questo non sarebbe cattivo: senonchè conviene rappresentarsi prima la pregiudiziale, se vi sia proprio necessità, nella maggior parte dei casi, di ricorrere a presunzioni. La risposta è che anche le presunzioni costituiscono una specie di prova, ma non devono avere tal forza da invertire sistematicamente l'onere della prova, e neppure da invertirlo nel caso speciale sottoposto alla nostra osservazione. Si ha un diritto o una facoltà o un atto che si esercita sul territorio altrui; e si tratta di provarlo, come quello che limita la naturale libertà del proprietario: non si può presumere che per i suoi caratteri esterni sia piuttosto precario che diritto di servitù o diritto di servitù piuttostochè precario. Anzitutto conviene provare che il fatto esiste e poi che esiste come diritto; il proprietario se mai, alla prova del diritto, contrapporrà, non la presunzione, ma la prova del precario: e certamente la saltuarietà per luogo e per tempo dell'esercizio di tali atti potrà essere un elemento per la prova del precario, ma non ne costituirà d'altronde l'unico elemento. Già, del resto, la saltuarietà stessa è un elemento positivo che attiene al contenuto della servitù; nè

Digitized by Google

è possibile sceverare la considerazione della natura di una servitù da quella del contenuto di essa, e perciò, ricercando il contenuto di un atto o fatto, implicitamente e in via più o meno diretta, si viene a determinare la natura dell'atto stesso e a classificarlo giuridicamente, se è possibile, oppure fuori del campo giuridico vero e proprio e nell'ordine precario. In conclusione, è meglio non parlare di presunzioni nè di precario nè di servitù: l'esame rigoroso e accurato dei fatti deve essere sufficiente per condurci ad una classificazione e determinazione esatta del fatto stesso. La presunzione allora dovrebbe adottarsi, quando mancasse una vera e propria prova di fatto fondata sulla realtà degli avvenimenti e sulla loro conformazione effettiva. Non è escluso peraltro che un precario possa convertirsi in un diritto di servitù per mezzo di prescrizione risultante da un contrapposto ideale e reale tra proprietario e utente e fornita di tutti i requisiti necessari perchè funzioni come mezzo giuridico di acquisto: e di vero, poichè il precarista non possiede, non può neppure applicarsi la proibizione *nemo sibi ipsi causam possessionis immutare potest*, e si dovrebbe applicare la causa e il modo d'acquisto *ex novo*, ossia come se il precario non esistesse o non fosse esistito. La figura più spiccata di compascolo si ha quando questo è parallelo e corrisponde alla comproprietà, tanto che si esercita esso stesso *iure proprietatis* o *condominii* o *communionis*. Questa non è servitù, naturalmente, ma è facoltà connessa col diritto di proprietà, la quale ha bisogno senza dubbio di un regolamento tra condomini, per evitare le usurpazioni dell'un condomino sull'altro; talchè, sotto il punto di vista del regolamento d'uso, in apparenza può avere vari punti per i quali rassomigliarsi all'esercizio dipendente da servitù. Se il condominio cessa per divisione, il compascolo cessa di diritto perchè il pascolo si concentra per ciascuno sulla parte rispettiva ad esso toccata; ma si può anche pattuire che, malgrado la divisione del suolo, persista la comunione del pascolo. E difatti non di rado, storicamente parlando, il compascolo a titolo di servitù non è che un residuo di pascoli esercitati *iure dominii* in antiche comunioni disciolte, non potendo ritenersi che sia egualmente conveniente dissolvere un pascolo comune come

Digitized by Google

una proprietà comune. E, come ciò si può pattuire, si può anche attuare di comune accordo, senza patto espresso e si può anche prescrivere come *facultas* o *ius ex novo* e senza addentellato giuridico ai precedenti, che corrisponda all'addentellato storico. Quanto al soggetto o ai soggetti del diritto di pascolo, esso può esercitarsi o da singoli individui isolati ovvero da comunità od associazioni di più individui costituite all'uopo, oppure costituite a scopo amministrativo e funzionanti anche per questo riguardo patrimoniale. Si può esercitare da individui singoli, allorchè ad essi è permesso di pascere sul fondo altrui od insieme col proprietario di questo fondo o insieme con altri proprietari di gregge, o insieme con questi e con quelli ad un tempo: in tal caso vogliono applicarsi i principî relativi alla comunione, salvo sempre ad applicare i principî relativi alla servitù nei rapporti col proprietario del fondo serviente. E qualcuno a questo riguardo affacciò la presunzione che il pascolo sia distribuito tra tutti gli interessati, salvo patto contrario, per lo stesso periodo di tempo, per lo stesso numero di capi di bestiame e per la stessa specie di bestiame stesso: però una tale presunzione non è suffragata nè dalla necessità nè dal ragionamento o dall'indizio, se pure le varie servitù ossia i vari diritti di ciascuno degli utenti non si facciano risalire per causa di successione ad unica origine, ad una causa sola, la quale poi siasi necessariamente suddivisa tra più utenti. Se si tratta dei membri di una comunità come utenti del pascolo; città, villaggi, associazioni si troveranno a seconda dei casi nell'esercizio di un tal diritto. Questo diritto della collettività ed esercizio dei singoli per la collettività stessa, evidentemente, può avere per oggetto anche territori di proprietà privata; ma più spesso si esercita o su terreni in proprietà dello Stato o su luoghi di proprietà del Comune o su territori del villaggio o su terreni di qualche privato.

Sarebbe interessante di studiare le condizioni della proprietà di queste terre sottoposte a pascolo e come esse dalla proprietà privata possano col tempo, pur seguendo a sopportare lo stesso onere o vincolo dell'uso a pascolo, esser passate a far parte di proprietà pubbliche. Evidentemente poi, trattandosi di assegnare ai privati l'uso di questi pascoli per

Digitized by Google

diritto di cittadini, a scopo di evitare il cozzo tra utenti, è necessario un regolamento, diremo così, interno nel Comune, relativo alle utenze singole; per cui niuno degli utenti possa riuscire a sopraffare l'altro e tutti insieme siano ammessi a godere nei limiti rispettivi. Talora anche le consuetudini possono surrogare le disposizioni espresse e tenere il luogo dei regolamenti. Il criterio del fabbisogno per ciascuna singola utenza è un criterio abbastanza importante per misurare il diritto di ciascuno alla partecipazione propria: e questo criterio è anche determinato da ragioni di diritto pubblico e d'interesse generale, per cui ciò che avanza a taluno tra gli utenti ridonda in aumento di altri utenti più bisognosi e che si trovino maggiormente a disagio in ragione dei capi e della qualità di bestiame che posseggono. Quantunque questa soluzione non sembri perfettamente omogenea al diritto privato e consentanea alle regole della proprietà privata, pur tuttavia è bene armonizzata allo *ius civitatis* e s'ispira agli interessi dei singoli considerati come membri della collettività e come investiti, singolarmente, appunto dei diritti di quella non solo per tramite ma anche per veste propria e come per attività propria: talchè, se si seguisse un criterio diverso o nel regolamento o nella consuetudine, il rapporto sociale vicendevole tra i componenti d'una stessa unica comunità o società civile cadrebbe nel nulla e i rapporti individuali, pur sorti dalla società, vivrebbero e continuerebbero nell'isolamento in modo contrario non solo alla loro origine, ma alla loro stessa natura ed indole. E si dice che questo diritto non possa abolirsi se non per consenso di tutti gli attuali utenti: ma si dovrebbe anche aggiungere che, siccome il diritto stesso interessa indubbiamente anche le future generazioni e può anche interessare generazioni diverse da quelle che ne sono oggi nel godimento, ci occorra inoltre il beneplacito dei pubblici poteri legittimamente investiti del diritto di rappresentanza e di disciplina a riguardo di tali diritti. Queste stesse Autorità, del resto, sono incaricate della spartizione e distribuzione delle utenze tra i singoli; e possono adottare criteri di proporzione al numero e qualità dei capi di bestiame da pascere, come anche possono inspirarsi a criteri diversi e più confacenti al caso speciale,

Digitized by Google

sostituiti a quel criterio quantitativo o con quel criterio concorrenti. Così accade che lo *ius communitatis*, pur ripercuotendosi nei diritti dei singoli cittadini, è amministrato e regolato dalla cittadinanza per mezzo dei suoi organi di governo e di azione. Nell'epoca dei Romani è per noi impossibile di riscontrare e determinare con precisione questo processo storico, ma certamente neppure a quei tempi il processo stesso poteva mancare o diversamente esplicarsi: perchè per certo non v'è in tale ipotesi altra soluzione possibile, e la stessa logica c'indirizza su questo terreno e in questo senso. Chi potrebbe del resto ricercare come si passassero le cose nel primo periodo della vita romana, allorquando la popolazione viveva soprattutto di pastorizia e per la pastorizia, basando su questa tutto quanto un complesso d'industrie, delle quali oggi ci sfugge persino la nomenclatura? Dunque questi diritti dovevano essere anche allora esercitati per ragione di comunanza (*conciliabulum*, *forum*, *vicus*), forse prima che si esercitasse sui fondi dei privati, sostituiti a tali comunanze per forza di occupazione del suolo pubblico; e non avrebbero potuto esserlo se non mediante alcune determinate regole. Tali regole non è sforzo ritenere che talora potessero sorgere dalla consuetudine stessa, fondata sulla pratica costante degli utenti: per cui gli utenti stessi, senza ingerenza diretta dell'Autorità pubblica e senza gli atti d'imperio che spettano alla competenza di quest'ultima, possano aver fatto da sè una specie di polizia su di sè e in ordine ai propri scambievoli diritti. Di qui forse un primo barlume di organizzazione autonoma in quegli utenti, per amministrare da loro stessi i propri affari e regolare la propria compartecipazione agli usi comuni; poichè le autonomie non tardano a risvegliarsi, quando hanno per base e contenuto gli interessi pratici e l'utilità economica. Costituite le utenze, non è improbabile, anzi è naturale, che eleggessero organi rappresentativi ed amministrativi anche con podestà di formare regolamenti o di ridurre a regolamento le vecchie consuetudini di utenza, quasi come per codificarle. Fino a che punto le Autorità civiche avessero ed esercitassero ingerenza su queste associazioni di utenti, non possiamo conoscere nè indagare, nè supporre più o meno indirettamente. Quel che

Digitized by Google

ci sembra è che, sotto il punto di vista storico, l'ordinamento dei pascoli sia o possa essere assai meno complicato colla sistemazione del suolo pubblico, di quanto possa sembrare agli acuti ricercatori di storia interna, i quali sovente si lasciano tentare da certi sentieruzzi irti di costruzioni spinose, quasi fosse un merito l'abbandonare la via maestra. Ed allora accade che lacune insormontabili si presentano e le costruzioni stesse svaniscono o sfumano per soverchia arditezza non suffragata da basi pratiche. Meglio è quindi esaminare il fenomeno a sè; la qual cosa ci permette di affermare con certezza che il fenomeno del pascolo comune non poteva presso i Romani stessi svolgersi con una procedura sostanzialmente diversa da quella che s'incontra presso i vari popoli e da quella che si può riscontrare oggi anche presso di noi e nel nostro diritto civile.

83. La comunione del pascolo ha interesse e merita attenzione anche da noi per quanto concerne il diritto germanico e il francese. Nel diritto francese il *pâturage*, o diritto di pascolo in terreno a ciò adatto (*pacage*) ed appartenente ad altri, assumeva un carattere speciale allorchè si esercitava nelle foreste. Esso era sottoposto alla polizia forestale stabilita nell'ordinanza del 1669, per quanto poteva concernere il demanio pubblico. L'art. 1 di questa ordinanza parlava di stati da compilarsi in base a titoli prodotti o da prodursi dagli interessati: stati che corrispondono presso a poco agli elenchi delle nostre leggi e che riguardavano i boschi del demanio pubblico esistente a quell'epoca, ossia, come posteriormente si disse, dell'*antico demanio pubblico*. Poichè, dopo il 1669, un nuovo e diverso demanio pubblico si veniva aggiungendo, o per dir meglio, formando, in seguito: i tempi erano allora favorevoli alla immobilizzazione della ricchezza nazionale e locale degli enti pubblici. Per le foreste divenute nazionali dopo la pubblicazione di quello stato o di quegli stati il pascolo era interdetto agli stessi confinanti, ad eccezione degli usuari delle foreste stesse, i quali avessero giustificato i loro diritti avanti alle amministrazioni dipartimentali, in contraddittorio cogli agenti forestali e con quelli del registro. E del pari il pascolo era interdetto sulle

Digitized by Google

foreste nazionali dell'antico demanio a tutti coloro che non fossero stati a tempo compresi nello stato predetto. Tali disposizioni corrispondono agli art. 1 e 2 della determinazione del direttorio esecutivo del 5 vendemmiaio, anno 6°; ma la cosa non terminò qui, perchè gli art. 1 e 2 della legge 28 ventoso, anno 11°, rinnovando la distinzione tra foreste dell'antico e foreste del nuovo demanio pubblico, imponevano ai Comuni ed ai particolari, pretendenti diritti di pascolo nelle foreste nazionali, l'obbligo di produrre, nei sei mesi dalla pubblicazione di quella legge, nelle prefetture e sottoprefetture territorialmente competenti, i titoli e gli atti possessori dei loro pretesi diritti, quante volte essi non fossero stati già compresi negli stati di cui sopra. Nella stessa ordinanza si disponeva che l'uso del diritto di pascolo in foreste così pubbliche come private non potesse esercitarsi se non nei luoghi designati dai funzionari delle acque e foreste come difendibili, per essere il bosco tanto forte da non potersi danneggiare per la permanenza e la edacità del bestiame. Una tale disposizione fu riprodotta in un decreto imperiale del 17 nevoso, anno 15°, comminando la stessa pena di sequestro del bestiame ovvero di ammenda (nel caso che il sequestro non fosse ammesso). E si considerava vi fosse contravvenzione ai termini dell'art. 38 tit. 2 della legge 6 ottobre 1791 sulla polizia rurale anche pei rapporti di pascolo su boschi di privati non ancora in istato di tollerare un tale uso; salvo però sempre al proprietario di usare dei proprii boschi *iure proprietatis* anche quando (secondo l'espressione adoperata) non siano difendevoli, e di usarne a scopo di pascolo. La dichiarazione poi che i boschi fossero difendevoli per l'ordinanza del 1669 spettava ai gran maestri, su parere degli ufficiali dei tribunali forestali: più tardi vi si ritennero sostituiti gli amministratori generali delle foreste su parere dei conservatori delle foreste stesse. Vi era però sempre dubbio se questa disposizione d'ordine generale avesse inteso derogare o no ai regolamenti locali; e se l'uso del pascolo fatto dal proprietario, *iure ipsius dominii*, valesse a sanare la contravvenzione dell'estraneo o questa svanisse al mancare della prova di un danno qualsiasi che essa avesse prodotto al fondo. Per la stessa ordinanza del 1669 (art. 2) gli abitanti

Digitized by Google

forniti del diritto di pascolo dovevano dichiarare il numero del bestiame posseduto con dichiarazione da registrarsi alla cancelleria del tribunale forestale: cancelleria alla quale in seguito si sostituì il segretariato della conservazione. L'art. 3 di questa ordinanza poi prescriveva che i funzionari assegnassero ad ogni comunità usuaria una contrada speciale, la più possibilmente comoda, per condurvi il proprio bestiame e custodirvelo separatamente senza mescolanza di altre gregge: e quì ancora le pene della confisca e dell'ammenda arbitraria contro i pastori trasgressori, nonchè di destituzione contro i funzionari che ai pastori stessi tenessero mano, nonchè di concussione ai funzionari che permettessero per denaro l'esercizio del pascolo. La dichiarazione delle contrade vincolate all'esercizio del pascolo, ai termini dell'art. 4 dell'ordinanza, doveva esser pubblicata in chiesa alla messa parrocchiale e in una delle domeniche del febbraio di ogni anno: queste formalità però rimasero abolite per l'editto dell'aprile 1695 e la dichiarazione 16 dicembre 1698, restando solo prescritte le notificazioni da farsi per mezzo degli uscieri o sergenti, ai quali in ultimo si sostituì l'opera dei sindaci. Il diritto di pascolo non poteva essere esercitato che dai possessori delle case designate negli stati firmati dai commissari riformatori o dai gran maestri delle acque e foreste (ai quali poi successero i conservatori) e per il numero da essi designato, in riguardo alla estensione e alla produttività delle foreste stesse. Vi era obbligo di applicare una medesima marca a tutti i capi di bestiame appartenenti agli usuari di una medesima parrocchia o casale avente diritto d'uso; e questo bestiame doveva radunarsi nel giorno designato per ciascuna parrocchia o casale e procedere al pascolo per una sola strada da indicarsi ad opera degli ufficiali del tribunale forestale e che risultasse la più comoda e la meglio difesa: con divieto di cambiare la via così fissata, sotto pena di confisca del bestiame, di ammenda arbitraria contro i proprietari del bestiame stesso e di punizione esemplare contro pastori e custodi (art. 6). I privati poi dovevano applicare al collo delle gregge un campanello rivelatore della presenza di ciascun capo per agevolare la sorveglianza dei pastori e delle guardie stesse (art. 7). Si faceva poi divieto a ciascun utente

Digitized by Google

di condurre il suo bestiame a guardia separata, o d'inviarlo alla foresta colla moglie, coi figli o coi domestici, sotto pena di ammenda, confisca e privazione del pascolo (art. 8); dovendosi i pastori ed i custodi scegliere e nominare annualmente, a diligenza dei procuratori di uffizio o sindaci di ciascuna parrocchia (art. 9) e più tardi dei sindaci municipali, dagli abitanti riuniti in presenza del giudice del luogo (più tardi del Consiglio comunale). La comunità era dichiarata responsabile dei pastori scelti (art. 9): divieto assoluto di prestare il nome proprio ad altri di parrocchie vicine (art. 10); proibito ad ogni usuario di condurre o inviare a pascolare nelle foreste, neppure di vicinato, alcuna capra o bestia lanuta (art. 13), ed anche per i boschi appartenenti a privati, salvo che l'introduttore del bestiame sia il proprietario stesso della foresta. Di più gli abitanti delle case usuarie non potevano godere del diritto di pascolo, che per i bestiami da essi nutriti e non per quelli di cui facessero traffico e commercio; e ciò sotto pena di ammenda e di confisca (art. 14). I pascoli sugli altri luoghi, che foreste non fossero, ordinariamente si regolavano in base agli usi locali; in alcune comunità gli abitanti non potevano mai far pascolare le loro bestie lanute sui beni comunali essendo essi unicamente riservati al pascolo dei cavalli, dei bovi e delle vacche; in altri luoghi, le bestie lanute non potevano pascolare nei beni comunali che dalla festa di S. Giovanni fino al 1° marzo. Dovunque poi era proibito di condurre i porci a pascolare nelle vigne o nei prati, non potendosi mandare che nelle maggesi e nelle terre non ancora coltivate o nella stagione in cui non si coltivavano. Ma i Parlamenti, e soprattutto quello di Parigi, con decisione 9 maggio 1777, furono presto chiamati a reprimere il pascolo abusivo per eccesso di capi di gregge sul numero fissato nei regolamenti rispettivi (nei quali per ogni iugero era ammessa solo una bestia lanuta col suo figlio), per condotta di bestie lanute nelle vigne e nei boschi, per invio di molte vacche e cavalli in campagna sopra differenti fondi (quantunque il pascolo ne fosse permesso soltanto nei beni comunali e nelle vane pasture), per porci ed oche vaganti nei prati, nei trifogli e nelle terre seminate. Altra decisione il Parlamento di Parigi emise il

Digitized by Google

12 novembre 1778: e nella giurisprudenza posteriore si distingueva assai bene tra contravvenzione, spettante all'ordine pubblico, e rifazione dei danni attinente al diritto privato; si ammettevano all'uso del pascolo anche le terre spogliate di frutti e non circondate nè da mura nè da siepi; si richiedeva il titolo per acquistare il diritto di passare sul fondo altrui per condurre bestiame al pascolo; si proibiva espressamente di far pascere il bestiame in tempo di notte per evitare che si sbandasse con facilità e così cagionasse danno ai fondi coltivati. Quanto alla questione che all'Autorità amministrativa o al potere giudiziario competesse la cognizione se ad un dato Comune spettasse il pascolo sulla proprietà di un privato, prevalse il concetto di investirne l'Autorità giudiziaria, trattandosi di controversia avente per oggetto la proprietà. Del resto, i Comuni ed i privati, i quali provassero con titoli di avere avuto diritti di pascolo nelle foreste dell'antico dominio della Corona, non potevano più reclamare l'esercizio di tali diritti, qualora non fossero stati compresi nello stato approvato dal già Consiglio regio, in esecuzione dell'art. 1° del tit. 19 dell'ordinanza del 1669.

Il pascolo di ghiande poi si chiamava *panage* o *glandée* (compresevi, secondo l'ordinanza del 1669, anche le faggiuole ed altre frutta destinate nelle foreste al nutrimento dei porci); per evitare danni alla riproduzione dei boschi, era proibito d'introdurre nella foresta un numero di porci maggiore di quanto potesse permetterlo la raccolta delle ghiande, a giudizio degli uffiziali delle acque e delle foreste in base al calcolo del sopravanzo dei prodotti stessi. Questa disposizione aveva specialmente per oggetto le foreste dello Stato soggette ai diritti d'uso e quelle soggette ai diritti di giustizia, ma anche i boschi delle comunità laiche e delle ecclesiastiche (secolari o regolari) ed anche dei privati. Quanto ai boschi dello Stato, una volta fatta la visita dagli uffiziali delle acque e foreste, si procedeva all'aggiudicazione della raccolta delle ghiande all'udienza, colle formalità prescritte per la vendita degli animali atterrati (estinzione di candele all'ultimo e maggiore offerente, dopo le relative pubblicazioni), prima del 15 settembre e prima della caduta delle ghiande e faggiuole. In questa aggiudicazione però non si comprendevano nè i

Digitized by Google

meli, nè i peri, nè i bagolani o bagole, nè i viscioli, cornioli e simili, riservati in alcune foreste agli usuari oppure destinati ad alimento degli animali selvaggi: ma una volta cadute queste frutta, non era possibile impedire ai porci di mangiarne insieme colle ghiande. L'aggiudicazione della raccolta di queste non poteva farsi per più di un anno, fuorchè per ordine del Governo: e si richiedeva in ogni caso una cauzione sia pel pagamento del prezzo, come per il non eccesso nella quantità dei porci introdotti e per il rispetto dei diritti degli usuari e dei pubblici uffiziali. E la quantità dei porci permessa dipendeva dall'abbondanza maggiore o minore della raccolta; però dal pascolo erano esclusi i boschi cedui di uno o due anni per non danneggiare le radici dei rampolli. La raccolta delle ghiande si apriva col 1° ottobre e durava fino al 1° febbraio; cessando così per l'ordinanza del 1669 quella diversità di periodi che prima vigeva per effetto delle consuetudini. Prima d'introdurre i porci nelle foreste l'aggiudicatario doveva farli marcare a fuoco e nel suo esercizio non doveva mai eccedere il numerario fissato nell'aggiudicazione, pena il sequestro della quantità eccedente e l'ammenda. Una volta gli aggiudicatari della raccolta delle ghiande potevano anche servirsi del legno vivo per ardere e costruire le loro capanne; ma tutti i regolamenti locali in seguito, prima e dopo dell'ordinanza del 1669, vietarono altra raccolta da quella infuori delle legna morte e secche. Si poteva anche accordare qualche proroga oltre al 1° febbraio qualora il prodotto delle ghiande fosse stato pieno e al 1° febbraio restasse ancora molta semenza nei boschi; col patto però di pagare questo secondo pascolo o secondo diritto di pastura, sempre senza danno per la riproduzione dei germogli e negli anni di grande abbondanza. Ammende abbastanza severe erano comminate per la violazione di tali disposizioni proibitive, specialmente per l'asportazione abusiva delle ghiande o faggiuole. Mentre poi per l'ordinanza del gennaio 1529 e pel regolamento del 13 marzo 1601 gli usuari non potevano cedere il loro diritto d'uso, gli aggiudicatari dei boschi, stando all'ordinanza del 1669, potevano benissimo cedere il loro diritto di pascolo, sempre però restando essi coi loro mallevadori responsabili dei danni prodotti dai propri ces-

Digitized by Google

sionari e senza eccedere il quantitativo di porci a loro permessi e facendo ai loro cessionari adoperare la propria impronta.

Un'altra specie di pascoli richiamò l'attenzione dei casisti; e cioè il pascolo dopo la messe (*faultrage* o *fautrage*), che sembra possa risalire al diritto feudale di *falcitragium*, ossia di far tagliare il fieno nelle praterie dei vassalli propri per quindi inviare il proprio bestiame a quei pascoli. Ma, abolite le feudalità, per l'art. 29, tit. 12 del decreto 15 marzo 1790, fu abolito in Francia anche il diritto di pascolo sulle seconde erbe o guaime, qualora non derivasse da titolo, consuetudine od uso valido, come chiarì anche meglio la legge 19 aprile 1790.

Conviene rivolgere l'attenzione anche sulla *vaine-pâture* o *vain-pâturage*, contrapposta alle pasture grasse e vive. Queste ultime sono le lande, le paludi, i pascoli e le macchie appartenenti a comunità di abitanti o soggetti verso tali comunità ad un diritto di uso esclusivo a beneficio delle comunità stesse. Le vane pasture sono invece le grandi strade, i prati dopo la mietitura del fieno, le maggesi, le terre non coltivate, i boschi di alto fusto, le selve cedue dopo il quarto o quinto germoglio e generalmente tutti i territori infruttiferi, non semenzati nè piantati e che per legge o pratica del paese non sono in riserva. Non era considerato di vana pastura il diritto di far pascere la seconda erba di prati che da tempo immemorabile siano stati chiusi. Quanto alla natura della vana pastura, si ritenne che a seconda dei casi dovesse considerarsi come un precario o come una servitù: precario se subordinata ad un permesso revocabile, servitù se concessa a perpetuità. Anteriormente alla legge 28 settembre 1791 sulla polizia rurale nei paesi di diritto scritto la vana pastura non era nè più nè meno di un precario, quando nulla giustificasse che fosse dovuta a titolo di servitù e specialmente (secondo la tradizione procedente dal diritto romano) non constasse del consenso del proprietario del fondo sottoposto all'uso di vana pastura. Qualche consuetudine eguagliò al titolo il possesso immemorabile; ma questo concetto soffrì molte opposizioni. Altre consuetudini ammisero la vana pastura nei prati aperti, fino a che e se non vi fosse posta la riserva dal proprietario: altre facevano della vana pastura una servitù generale propriamente detta. Ma un regio

Digitized by Google

editto del 9 maggio 1771 riconobbe nei proprietari, quando volessero, la facoltà di chiudere i propri fondi: finchè la citata legge di polizia rurale ammise la vana pastura come forma di compascolo e soltanto provvisoriamente, salvo il diritto di chiusura dei fondi stessi, spettante al proprietario senza obbligo di dare indennizzi. Il signore, secondo l'ordinanza del 1669 sulle acque e foreste, non aveva che il diritto di domandare il terzo sulla vana pastura del suo territorio feudale, soltanto in certi casi; e negli altri casi di mandarvi a pascere i suoi bestiami come primo abitante. Quindi egli non poteva esercitare sulle vane pasture il diritto di *triage* che l'ordinanza gli accordava sulle paludi e sui boschi provenienti dalla sua concessione. La vana pastura sulle strade pubbliche non poteva essere oggetto di *triage* a favore del signore feudale; perchè le strade pubbliche in tanto si consideravano comprese tra le vane pasture, in quanto esse servono al transito del bestiame per andare nei terreni e il bestiame transitandovi assai naturalmente è disposto ad indugiarvisi a mangiucchiare le erbe dei margini. Abolito il feudalesimo, non si poteva in Francia parlar più nè di pastura nè di vana pastura a titolo feudale. Il diritto di vana pastura, sia sulle strade come sulle terre spogliate dei loro frutti, si ritenne da taluni che non spettasse se non agli abitanti o vassalli della signoria nella quale sono situate le strade e le terre, stimando che questo diritto avesse rapporto colla giurisdizione; altri, senza aver riguardo a diversità di signoria, intendevano distribuirlo per parrocchie: e fu diversamente giudicato secondo l'influenza delle diverse consuetudini, fino a che la legge del 28 settembre 1791, tit. 1, sez. 4, dette come limite della vana pastura la sola parrocchia e nessuna altra circoscrizione all'infuori della parrocchia. Quanto alla questione se fosse permesso ad un proprietario forestiero d'inviare i suoi bestiami alla vana pastura sulle terre ch'egli possedesse in una parrocchia vicina, questa legge stessa adottò una decisione 2 aprile 1745 del Parlamento di Reims, stabilendo che i proprietari o fittaiuoli coltivatori di terre sulle parrocchie soggette al compascolo od alla vana pastura e nelle quali non fossero domiciliati, godessero lo stesso diritto di mettere nella greggia comune o

Digitized by Google

di far custodire in gregge separate una quantità di capi di bestiame proporzionata all'estensione della loro coltivazione, senza però poter cedere ad altri i propri diritti. Per la legge del 1791 nè il diritto di compascolo nè quello di vana pastura potevano esercitarsi sui prati artificiali o sulle terre coltivate prima della raccolta dei frutti o prima che fosse raccolta la prima erba, nè fuori dei tempi autorizzati dalle leggi e consuetudini. La quantità del bestiame da ammettere al pascolo in ogni parrocchia era determinata in ragione di tanti animali per iugero, secondo i regolamenti e gli usi locali o la risoluzione del Consiglio comunale: si tolleravano però al compascolo e alla vana pastura, per pochi capi di bestiame, anche i non proprietari e i non fittaiuoli. Per evitare la preponderanza di taluno degli utenti il compascolo e la vana pastura su altri suoi consoci di pascolo, la giurisprudenza ritenne che, quantunque la legge del 1791 non abbia riprodotto il divieto d'ammettere nelle vane pasture e nelle praterie i montoni dopo tolti i fieni, tuttavia questo divieto derivante dagli usi locali dovesse persistere anche nella nuova legislazione. Si ritenne che coloro ai quali appartenesse un diritto di vana pastura a titolo di servitù non potessero essere mai ammessi o costretti ad invertirlo in proprietà fondiaria per mezzo dell'accantonamento; appunto perchè il diritto di vana pastura poteva cessare senza indennizzo per la chiusura del fondo da parte del proprietario. Ma gli abitanti di un Comune al quale appartenesse un diritto di vana pastura non avevano qualità per reclamarlo individualmente in giudizio, sostituendosi alla legittima rappresentanza del Comune stesso. Del resto, per quanto il diritto fosse antico nella consuetudine del luogo, il proprietario poteva sempre sottrarvisi chiudendo il fondo proprio.

Quanto al diritto germanico, le forme delle comunioni di pascolo appartenevano a tipi diversi e non possono agevolmente raccogliersi sotto una categoria unica: ma vi è una forma tipica che ricollega questi tipi alla proprietà collettiva. Nell'antica costituzione agraria tedesca la proprietà era collettiva; e, scomparendo gradualmente tal sistema di proprietà, si trasformò anche il diritto di pascolo adattandosi al nuovo sistema di proprietà privata e delle grandi signorie

Digitized by Google

territoriali in ispecie. Di qui la distinzione tra periodo aperto e chiuso del pascolo, l'indole e i limiti del diritto dei titolari malgrado le varie forme dei compascoli tedeschi. Nelle antiche età germaniche si usava una rozza coltura a prato nella originaria comproprietà dei membri del villaggio esplicantesi con un continuo sorteggio di lotti destinati a transitoria agricoltura; questo sistema si estendeva a tutto il territorio del villaggio atto alla coltivazione, con irregolare avvicendamento di anni tra la coltivazione e il pascolo, intramezzandone molti di questi con pochi di quelli. In seguito si fece strada il concetto della rotazione triennale tra il riposo, la coltivazione a prodotti invernali, quella a prodotti estivi; e più tardi il concetto della rotazione sessennale o novennale o in senso diverso. Così si formano sempre le grandi proprietà signorili a latifondi, sostituiti all'antica proprietà frammentaria; e con queste proprietà coesistono i diritti di pascolo. Sembra che in origine non vi fosse una vera antitesi tra i diritti degli individui e quelli della collettività o della comunità: e per la natura e per il tempo del godimento sembra che questi due diritti potessero benissimo conciliarsi tra di loro e ripartire più tardi tra di sè tutta quanta l'economia agricola coll'assegnare al pascolo il diritto di godimento collettivo del suolo e col riservare all'agricoltura *pro diviso* il godimento individuale del suolo stesso. Il pascolo, dapprincipio almeno, rappresentava l'utilizzazione di tutta la superficie di suolo non coltivata o anche della coltivata, ma durante il riposo dei terreni o dopo avvenuta la raccolta delle messi. I prati dopo la raccolta del fieno divenivano o tornavano comuni ed erano aperti al pascolo comune finchè non tornavano di nuovo in fieno; i campi coltivati divenivano comuni dalla raccolta alla semina, perchè in questo tempo cominciava il diritto alle stoppie e durante il riposo dei turni regolari poteva anche servire come compascolo. Dunque uno stesso territorio nel tempo di chiusura consideravasi come territorio particolare e nel tempo di apertura come patrimonio comune. Ma questo concetto fondamentale subiva certamente quà e là delle modificazioni per effetto di occupazione e d'invasione; per le quali veniva di tratto in tratto ad affermarsi il concetto della proprietà privata.

Digitized by Google

Nell'antica rotazione agraria germanica poi, il terreno restava senza ararsi fino a S. Giovanni; allora era arato per una prima volta, e una seconda in autunno, per procedersi infine alla semenza dei prodotti invernali. Fino al S. Giovanni il terreno restava come pascolo comune, ovvero i campi si consideravano in comune dalla raccolta fino alla nuova semenza e servivano per le stoppie. Con questi diritti collettivi di pascolo poterono poi combinarsi i diritti dei signori territoriali: di qui il compascolo e la costituzione della servitù di pascolo sostituita alla triplice rotazione agraria e alla comunità agraria coattiva. Ad un certo tempo, senza dubbio, noi possiamo nel diritto romano constatare l'avvenuta costituzione del diritto di compascolo (*Koppelhut* o *Koppelweide*), spettante al proprietario del fondo serviente sul suo fondo insieme al titolare del pascolo. Sui fondi altrui, poteva aversi compascolo in senso vero e proprio (*in specie sic dictum*), e questo si è già visto e prova come lo scambievole precario poteva servire ad eliminare, fino ad un certo punto, la necessità pratica della costituzione di una servitù; quasichè appunto, potendolo, si preferisse di dare un'altra conformazione ai diritti o agli interessi delle parti, rispondenti al bisogno dell'esercizio del pascolo su terra non propria. Ma assolutamente la combinazione del compascolo o di quella che in Francia si sarebbe chiamata *vana pastura* coll'esercizio normale e regolare del diritto di proprietà, nella sua importanza storica, merita molta considerazione, perchè può modificare taluni concetti che si trovano a noi tramandati dalla tradizione romana sulla proprietà. In primo luogo, per quanto i popoli germanici fossero lontani dalla perfezione delle idee giuridiche dell'epoca classica di Roma, tuttavia anzi, poichè essi agivano all'infuori dei vincoli di una vera tradizione giuridica, sono in grado di darci una costruzione che abbia più diretta relazione, non con un formalismo più o meno ingombrante, ma coi veri bisogni del popolo e coi dettami dell'esperienza pratica. Così, del resto, avrebbe dovuto essere anche negli incunaboli della società romana; senonchè allora le imprese guerresche per la fondazione e l'incremento del territorio assorbivano gli interessi della pastorizia, mentre le popolazioni germaniche erano nomadi,

Digitized by Google

e, in tanta abbondanza di territorio, non avevano città da conquistare o da redigere in servitù. In quei tempi che precedettero l'affermazione della potenza romana sulle popolazioni finitime, senza dubbio, l'agricoltura non poteva essere molto tranquilla, nè molto tranquillamente poteva esplicarsi la pastorizia; i turbamenti delle guerre erano continui, perchè, terminata una, se ne cominciava un'altra con attività febbrile. I popoli germanici potevano esercitare la pastorizia anche allo stato semi-nomade; ad ogni modo, l'uso regolare del pascolo non poteva tardare dopo lo stabilimento di sedi fisse e la sua sistemazione giuridica poteva essere fatta senza troppe preoccupazioni di offendere i diritti della proprietà, senza avarizia di terre, senza gravi opposizioni di proprietari o di pretendenti alla proprietà legittima, anche senza far ricorso alla concezione e all'ordinamento dei diritti reali frazionari della proprietà. Perchè poi, non sarebbe male se, sull'insegnamento della storia del diritto germanico, si pensasse davvero, contuttochè il nuovo codice germanico abbia fatto posto alle *Dienstbarkeiten* e alle *Grunddienstbarkeiten*, a studiare una limitazione al soverchio estendersi del concetto di servitù. Per venire a questo, certamente, converrebbe modificare il concetto classico romano della proprietà; non perchè questo sia o rappresenti il concetto di una padronanza senza limiti, ma perchè la costituzione della società romana, nel tempo in cui la popolazione era esuberante, trovava nella schiavitù la soluzione politica del problema economico e questa soluzione oggidì non può più aversi. Stabilendo in massima l'eguale od equa partecipazione di tutti ai beni della natura, converrebbe applicare quello che si notò a proposito delle acque. *Quid prohibetis aquis?*, diceva Latona ad una rustica turba (1): *ad publica munera veni. Quid prohibetis terris?* potrebbero dire le turbe moderne: *ad publica munera venimus.* Ma, ad ogni modo, come per l'acqua, per la terra (che non è illimitata e inesauribile quanto l'aria, ma si riparte territorialmente per stati politici ed altre circoscrizioni minori) è questione di appropriazione o di appropriabilità, ossia del modo come questo bene, dato pure che

(1) V. volume 2° di questo trattato, pag. 81.

Digitized by Google

sia un *munus publicum*, possa essere tradotto in utilità dei singoli. E per la terra coltivata vi è una questione che può esercitare influenza sulla distribuzione o sull'utilizzazione o sull'appropriazione, se non della terra stessa, dei prodotti di quella: è la questione o la circostanza del lavoro, che sulla terra risponde all'utilità generale per l'alimentazione del pubblico e che (per ragioni storiche e territoriali facili a constatarsi in fatto e a comprendersi) richiede la formazione e la persistenza di una categoria speciale di persone e di famiglie, le quali, si voglia o no, costituiscono una classe sociale del tutto a sè, la classe agricola. Il lavoro della terra è ingrato talvolta, sempre gravosissimo e sproporzionato al benefizio dei prodotti, e di regola richiede la presenza continua e immanente degli agricoltori sopra luogo; perlochè le migliori coltivazioni si fanno con una specie di organizzazione territoriale della popolazione rustica: e perciò, nella distribuzione delle terre (se distribuzione vi fosse), converrebbe dare la preferenza ai lavoratori delle terre stesse, siccome quelli la cui opera è indispensabile per farle fruttificare e non può essere sostituita dall'opera di persone le quali non sono dall'infanzia abituate a quei lavori durissimi. Or dunque, sembra praticamente impossibile che queste considerazioni non debbano influire sul sistema distributivo della proprietà. Ed a questo punto sorgono le teorie socialistiche, che tendono ad abolire la proprietà dei privati e la successione dei privati e tendono ad investire la Stato di una specie di dominio eminente su tutto il suo territorio, coll'esplicazione di un tal dominio nella facoltà di effettuare in un modo o nell'altro la concessione o attribuzione delle terre stesse ai privati perchè le coltivino e le godano, pagando allo Stato per tal concessione un tributo, che starebbe per prendere il posto delle imposizioni fondiarie pagate dai proprietari privati nell'attuale sistema di distribuzione della ricchezza rurale. Così la proprietà privata delle terre, sul tipo di quella che si è avuta finora e si ha tuttora, sarebbe un abuso degno di tempi meno evoluti: per quanto la storia c'insegni che, nel cammino della civiltà, la proprietà pubblica ha sempre preceduto la proprietà privata e questa è stata e rappresenta il fatto di maggiori sforzi e di una coscienza civile alla quale non si per-

Digitized by Google

viene a tutta prima. La proprietà collettiva o dello Stato come rappresentante della collettività e concedente per la collettività e in nome della collettività ai privati sarebbe il vero e giusto tipo giuridico della proprietà sul terreno. Le concessioni si farebbero dallo Stato coi criteri dell'attitudine del concessionario al lavoro e del bisogno di questo e della sua famiglia. Assicurati al lavoratore dei campi i mezzi di sussistenza, egli non potrebbe trasmettere questo suo beneficio ai propri discendenti per titolo di successione *mortis causa*, nè comunque alienare o trasferire ad altri, a qualsivoglia titolo, una tale concessione: perciocchè ad ogni nuova famiglia che si costituisse i poteri pubblici dovrebbero assegnare una superficie di terreno da coltivare; togliendo la concessione fatta ai concessionari originari, quando questi si disinteressassero dalla coltivazione diretta e personale di quelle terre o si dedicassero ad altre professioni estranee all'agricoltura. Questo stesso ragionamento debbono aver fatto su per giù i popoli germanici quando si dedicarono a sede stabile; e gli stessi Romani nel concedere a *vectigal* le proprie terre debbono aver gettato così le basi del diritto concesso, della concessione fatta dallo Stato e ricevuta dai privati. Ma l'usucapione guastò in Roma gli effetti di questo sistema e rese vana allo Stato la facoltà della devoluzione del fondo enfiteutico *ob canones non solutos*; essa venne a costituire quasi una presunzione di legittimità dell'appropriazione privata, in tempo in cui il diritto pubblico non offriva in sè tale forza di azione e di resistenza da soggiogare gli abusi del diritto privato. Presso i Germani lo Stato concedeva e non concedeva quando i potenti prendevano da sè: anzi, siccome dapprincipio il concetto di una salda compagine a forma di Stato non era gettato ancora, è da ritenersi che mancasse il sostrato a concessioni di questa specie e che però il tipo giuridico abituale del godimento dei fondi fosse quello della proprietà privata.

84. Ed ora esaminiamo il pascolo comune nel diritto civile italiano. Certamente, non si può dissimulare il non ostentato, ma consentito ritorno alla proprietà collettiva, dopo un periodo di tempo di assoluto bando di questo concetto, del

Digitized by Google

quale sembrava non si volesse ormai più parlare. L'avversione antica, prodotto dei concetti rigidi di diritto privato, non ha ceduto il posto al sistema moderno se non attraverso a tutta una storia che non si può nè generalizzare nè riassumere in poche parole; e certo, se siamo giunti all'organizzazione delle università agrarie come enti giuridici per l'esercizio delle utenze sui fondi, possiamo ritenere di trovarci proprio agli antipodi della proprietà privata per diritto del singolo sulla cosa a lui trasmessa dagli avi suoi. Le obbiezioni che oggi si fanno alle trasmissioni ereditarie dei fondi rustici non possono dunque non esercitare la loro influenza sulla teorica dei pascoli, quando i lavoratori reclamano come loro diritto speciale l'appropriazione dei frutti della terra da essi lavorata: si potrà affermare il valore della dottrina conservatrice, ma non si potrà non lasciarsi influire dalle moderne dottrine per assicurare ai lavoratori i diritti parziali di utilizzazione della cosa altrui, i diritti di pascolo, di legnatico, di erbatico, di spigolatura, semina, ecc. Anche il giureconsulto, si voglia o no, è figlio dell'ambiente e risente delle tendenze dell'epoca in mezzo alla quale egli vive. Quasi non bastassero le università agrarie, si tenta di ricostituire il demanio comunale; anzi, potrebbe forse dirsi sotto un punto di vista più vero e più giusto, si tenta di costituirlo quale certamente nell'epoca di mezzo non è venuto in mente ad alcun Consiglio o ad alcuna amministrazione comunale, e neppure quando e dove furono ammesse al governo della cosa pubblica le arti minori e il proletariato stesso. La dottrina intanto cerca sempre di far capo al diritto romano, anzi al più antico diritto romano: al qual proposito il Venezian riteneva che tra i fondi concessi o riservati al pascolo romano alcuni fossero attribuiti all'insieme dei comunisti, altri alla persona giuridica del municipio o della colonia. I primi sarebbero stati destinati all'uso collettivo dei comunisti per giovare a questi direttamente, i secondi sarebbero stati destinati ora ad un servizio pubblico ed ora ad un servizio pubblico nel senso proprio dell'espressione, e cioè non soltanto all'uso dei comunisti ma di chiunque si trovasse nel Comune. Quantunque di questa distinzione non si voglia dubitare e per quanto si voglia sforzarsi di persua-

Digitized by Google

dersene completamente, tuttavolta è a domandare in che consistesse proprio il servizio pubblico del pascolo, e se in ultima analisi non si traducesse proprio nell'uso collettivo dei comunisti; considerato che in taluni Comuni, per la loro stessa situazione poco frequentati da forestieri, la popolazione è prevalentemente, anzi di solito del tutto, stabile e permanente. Anzi, quando pure vi fosse stata in taluno di quei municipi romani una popolazione fluttuante o avventizia o vagante, oltre alla popolazione stabile, essa non avrebbe avuto interesse a servirsi dei pascoli, dappoichè il pascolo è un'utilizzazione della terra tale, da supporre dimora stabile o fissazione dell'utente sul territorio o presso il territorio dal quale egli vuole trar profitto: non essendo probabile l'ipotesi che si vada a trasferirsi da un municipio temporaneamente col gregge per farvi l'estatura o svernarvi a *titolo di servizio pubblico*, se pure questo non si considerasse indipendentemente dalle frontiere municipali. Ma, quando si tratta di servizio pubblico locale ossia municipale, s'intende che il pascolo ridondi a beneficio dei *municipes*. Ed allora ci avviciniamo all'uso collettivo dei *municipes*, o dei singoli abitanti del municipio, i quali *iure civitatis* esercitano un diritto della stessa specie di quello che potrebbe esser conceduto ad essi direttamente *uti singuli* ma che invece è destinato ad una trasmissione attraverso l'ente indefettibile di diritto pubblico. S'intende poi che, ritenuta come esatta una tale sottile distinzione sotto il punto di vista storico, i pascoli attribuiti all'insieme dei comunisti (e non alla persona giuridica del municipio o della colonia) sono alienabili e *a fortiori* anche usucapibili. Altri però avverte che l'insieme dei comunisti, ai quali potevano attribuirsi quelle selve e quei pascoli (*silvae et pascua publica Augustinorum*), non era strano costituisse un ente distinto dalla colonia: ed allora non è escluso che questa speciale personalità fosse stata creata apposta, come è logico, per rispondere ad un interesse pubblico e ad un pubblico servizio: e così i pascoli non spettavano alla *persona coloniae*, ma erano dati alle famiglie o alle case (*nominibus data*) o all'*ordo* dei coloni. Vogliamo lusingarci che, dato lo sviluppo, non troppo ampio, del diritto pubblico amministrativo presso i Romani (special-

Digitized by Google

mente per quanto attiene agli enti locali), si possa ammettere avere essi risoluto in pratica le questioni, anche oggi tanto scabrose, per determinare i caratteri di un ente ammesso al godimento dei beni comuni e pur distinto da ogni altra persona giuridica di diritto pubblico? Troviamo forse delle traccie palmari per la contrapposizione di un tale ente apposito al municipio romano? Si trattava di una sovrapposizione o di una contrapposizione di uno scopo personificato o di una modesta utenza autorizzata dal fatto ma non elevata all'importanza di una vera e propria costruzione giuridica? A tali quesiti non ci sembra che siasi finora risposto adeguatamente, soltanto per difetto di dati e documenti, non già per scarsezza d'ingegno e di tecnica nelle costruzioni giuridiche. Certo è che nel nostro diritto la comunione spicca di fronte ad usi di contenuto diverso da quello di una vera comunione: e, quando noi ci troviamo fuori della servitù prevista dall'art. 617 Cod. civ., navighiamo in un mare magno di usi civici e collettivi, che, pur classificati, debbono essere desunti più accuratamente dalle circostanze dei singoli casi speciali che si vanno esaminando.

E così anzitutto si hanno degli usi civici sopra beni di persone fisiche oppure di persone giuridiche distinte e indipendenti dalle persone degli utenti. Quando la proprietà dei beni dei cittadini si pretese trasferita al principe (*tamquam in rei publicae administratorem et maritum*) si volle però che i signori avessero il dovere giuridico di assicurare la sussistenza ai loro vassalli, come ai Comuni si era attribuito e si attribuiva questo debito verso i cittadini: il tutto per diritto naturale e imprescrittibile così dei sudditi come dei cittadini. Uno dei principali tra questi *iura naturalia* era soprattutto lo *ius pascendi* su terre altrui, fossero dello Stato, del Comune o d'un privato. Prima dunque dello sviluppo di un programma politico-organico a base di socialismo, di socialismo se ne faceva in pratica non meno di quanto se ne faccia oggi in teoria: poichè il diritto naturale non era concepito tanto quale un'astrazione teorica, quanto come una semplice spiegazione di un fatto o di una serie di fatti che convenisse giustificare piuttosto dinanzi alla logica di ciascuno che dinanzi all'opinione pubblica. E, come in Francia,

Digitized by Google

così presso di noi questa materia fu oggetto delle discipline forestali: la legge forestale del 20 giugno 1877, art. 34, stabiliva infatti che per i diritti di uso esercitati o vantati da intiere popolazioni o parte di esse sui boschi e terreni vincolati appartenenti a privati o ad enti diversi dal proprio Comune, spettasse alle rispettive amministrazioni comunali la rappresentanza circa le trattative, le convenzioni e i giudizi; riservata però ai singoli utenti la facoltà di far valere direttamente i loro diritti. Ma per gli usi spettanti a popolazioni o parte di esse sui boschi e terreni vincolati del proprio Comune si dette agli utenti la facoltà di far valere direttamente, essi stessi e sempre, i loro diritti individuali, quantunque non del tutto indipendenti, per essere i titolari riuniti in una collettività. È dubbio però se la natura di questi diritti sia pubblica o privata, specialmente se i diritti stessi spettano a persone pubbliche e meno accentuatamente se questi diritti spettano a persone private, sia pure attraverso alla personalità pubblica. E, restando pure nel campo del diritto privato, si deve cercare la classificazione della relativa figura giuridica di questi rapporti: e prevale la preferenza accordata al concetto di servitù personale d'uso, considerata questa con una certa ampiezza. E qui sopravviene l'art. 530 Cod. civ., disponendo che l'uso dei boschi e delle foreste sia regolato da leggi speciali; talchè spesso si parla di uso o di usi così nella legge forestale come nella legge relativa all'affrancamento e all'abolizione di tali istituti: ma spesso non si trova più che la semplice denominazione e la disposizione relativa, senza una sistemazione completa e organica. Del resto, non va trascurato che questi usi non sempre presentano un contenuto eguale per i singoli utenti e che spesso le diversità che s'incontrano da utente a utente compromettono la regolarità e la saldezza di un tentativo di costruzione. Ma, se si riesce (come pare indubbio) a fissare che tali usi civici trovino rispondenza nel diritto privato d'uso, la diversità di contenuto non porta difficoltà, non essendovi un tipo fisso al quale questi singoli usi debbano corrispondere: poichè l'art. 476 Cod. civ. sottopone al titolo costitutivo i diritti d'usufrutto, d'uso e di abitazione, nè la legge supplisce alle deficienze del titolo (salva disposizione contraria),

Digitized by Google

E, mentre per i boschi e per le foreste si hanno leggi particolari, quel principio che i diritti d'uso siano regolati dal titolo resiste come principio che non può essere distrutto neanche da leggi particolari. S'intende però il titolo in senso ampio, per modo da poter risalire all'origine e al contenuto della facoltà di uso, della quale praticamente si tratta. Per la specialità poi dell'uso *iure civitatis*, è sempre possibile intavolare la ricerca se il Comune od altro corpo morale possa essere il soggetto attivo di una servitù d'uso, che sia aggregata al suo patrimonio o che dal suo patrimonio sia ripercossa sui cittadini utenti, in ultima analisi all'infuori di ogni contratto o concessione speciale ma per diritto ad essi spettante *uti cives*. Se l'uso appartiene al patrimonio della corporazione, questa può affittarlo anche a persone estranee ad essa: e, trattandosi di Comune, a persone estranee al Comune; semprechè però si tratti di patrimonio privato e formato e costituito *iure privatorum*. Una tale amministrazione dell'uso è fatta certamente anch'essa nell'interesse della cittadinanza e dei cittadini singoli per conseguenza, quantunque nè l'una nè gli altri direttamente sulla cosa o sul fondo soggetto a pascolo esplichino la loro attività. Le due forme si incontrano allorchè i membri della corporazione o del Comune godano direttamente, ma in corrispettivo di tal godimento corrispondano alla corporazione o al Comune un tenue contributo; in tale ipotesi, la corporazione o il Comune non entra effettivamente nell'uso, ma lo protegge ai singoli e per proteggerlo richiede un certo compenso come di servizio ad interesse pubblico. Nel diritto tedesco si distinse assai nettamente il patrimonio della comunità (*Kämmereivermögen*) dal patrimonio dei cittadini (*Bürgervermögen*). La costruzione tedesca, che è svolta dal SAVIGNY nel vol. II del suo *Sistema*, si presta dunque al concetto che un Comune come un privato possa esser titolare d'una servitù d'uso, della quale possa disporre anche dandola a fitto a non cittadini, sia pure nell'interesse della finanza civica: il patrimonio della comunità si contrappone così al patrimonio dei cittadini (sia pure quest'ultimo *iure civitatis*). Il bosco dei cittadini (*Bürgerwald*) appartiene alla città in proprietà, ma le legna annualmente sono divise tra i cittadini: mentre il patrimonio dei cittadini

Digitized by Google

(simile all'*ager publicus* dei Romani) appartiene a questi, oltrechè da questi è goduto: ma probabilmente ai cittadini poco importa avere la proprietà di un bosco, quando ne hanno l'utilità in perpetuo, liberandosi così dai fastidî del proprietario, ma godendo *tutti* i benefizi del proprietario. Nel nostro diritto il Comune titolare della servitù d'uso, in modo da poterne disporre a beneficio di altri che non siano i suoi cittadini, storicamente non può concepirsi; appunto perchè la causa dell'attribuzione originaria di questi beni alla proprietà patrimoniale privata del Comune era quella appunto che i suoi membri usufruissero dei benefizi di quelle terre. Nelle provincie meridionali d'Italia esistono tuttora infatti usi civici a favore degli abitanti sui demani comunali e sui beni assegnati ai Comuni nella separazione in massa e non quotizzati; nelle provincie ex-pontificie sui terreni montuosi; in Sardegna a favore degli abitanti sui terreni comunali non ripartiti. Un'altra categoria di usi civici collettivi si esplica sopra fondi propri della collettività degli utenti, quando una siffatta collettività non è elevata a persona giuridica. Così nelle provincie ex-pontificie e nell'Emilia abbiamo usi civici esercitati su fondi propri degli stessi utenti e conservati nella condizione di servire agli usi civici o dalle leggi abolitive delle antiche servitù di uso civico assegnati in proprietà agli utenti medesimi. Anche in questa figura di usi civici si ha il pascolo. Queste associazioni sono desse persone giuridiche? Sembra di no e che invece si tratti di un semplice rapporto di comunione tra i componenti l'associazione stessa, a tipo romano. Ma, d'altro canto, se i singoli non hanno diritto ad ottenere la divisione di tali beni, come potrà escludersi il concetto di proprietà nella comunione di tali beni? E poi, anche ammessa l'origine romana di queste associazioni, può forse escludersi che su di esse abbia in qualche modo influito il diritto germanico? Già nelle assegnazioni coloniche romane, a tipo puro e spiccato, il rapporto giuridico non si presenta come una comproprietà, poichè lo *habere in commune* ricordato dagli agrimensori, in sostanza, non accenna che a facoltà di uso e godimento sopra terre destinate a rimaner pubbliche se non altro in teoria, o della cui appartenenza almeno nessuno si occupa, visto che, detratta l'attività eco-

Digitized by Google

nomica del godimento, nessun altro benefizio ne rimane al proprietario, se pure questi non abbia diritto ad una corrisposta o canone.

Una terza categoria di usi civici sarebbe su fondi di proprietà della collettività degli utenti elevata a persona giuridica: allora ci troviamo in presenza di vere corporazioni aventi una personalità collettiva che si riflette su tutta la vita e il funzionamento della comunione; spettando ai singoli di disporre non per diritto proprio individuale ma in rappresentanza e come organi dell'ente che è il soggetto del diritto stesso. Queste sono persone giuridiche, si dice, di un carattere particolare, e di vero quello che più colpisce in esse è il non avere quelle una rappresentanza fissa e costituita nelle forme degli enti pubblici, ma l'essere naturalmente rappresentate, quasi per diritto di godimento, dai singoli utenti. In tale ipotesi è il godimento quello che conferisce agli utenti il diritto alla rappresentanza dell'ente, ma il godimento non dà ad essi il diritto di contrapporsi direttamente ai terzi. L'unanimità o la maggioranza degli utenti costituisce pertanto nell'assemblea di questi il potere deliberante, senza che sia stabilita la supremazia di un organo fisso e determinato in seno all'associazione. In sostanza può dirsi che lo stesso diritto il quale giustifica l'utenza o godimento dei singoli, giustifica altresì la loro partecipazione ai deliberati dell'associazione considerata come collettività indivisibile: l'uno e l'altro diritto si esercitano bensì per riverbero della collettività, ma in guisa e con forza tale, che la collettività stessa non può toglierli nè confiscarli ad alcuno dei partecipanti. Di altri usi civici si occupa la legge comunale e provinciale; là dove (art. 126) attribuisce al Consiglio comunale la competenza per deliberare sui regolamenti d'uso dei beni comunali, ossia dei beni patrimoniali del Comune contrapposti ai demani comunali, nella categoria dei quali ultimi rientrano propriamente gli usi civici dei comunisti. Di questi usi, che non debbono confondersi colla comunione dei pascoli prevista dall'art. 682 Cod. civ., tornano in considerazione per l'art. 159 della legge comunale suddetta che conferma il godimento in natura dei beni comunali ma non parla del godimento per uso civico nei beni del Comune, perchè questo

Digitized by Google

godimento risulta per diritto proprio dei comunisti e non per concessione in facoltà del Comune. Oltre a ciò il n. 7 dell'art. 194 della legge stessa parla dei regolamenti d'uso sui beni del Comune, senza riferimento espresso agli usi civici; per cui *ab antiquo* si ritenne che per gli usi civici propriamente detti dovessero compilarsi regolamenti di polizia e non regolamenti d'uso o d'amministrazione. Esaminando queste disposizioni, la regola che impone l'affitto dei beni comunali patrimoniali non si trova affatto in contraddizione cogli usi civici spettanti alle popolazioni. Se infatti il Comune dovesse dare a fitto i propri pascoli, certamente, data la situazione dei luoghi e date le necessità della popolazione, non potrebbe trovare altri affittuari all'infuori degli utenti; e però si tratterebbe di scegliere, teoricamente, tra la figura dell'affitto e quella del regolamento ad uso civico, tra una corrisposta pari ad un fitto oppure un canone modico che non rappresenta precisamente il corrispettivo del fitto stesso ma soltanto una specie di riconoscimento del diritto eminente del Comune. La scelta non è dubbia per questa seconda configurazione: e ciò sia per una ragione teorica come per una ragione pratica. La ragione teorica è che queste servitù civiche sono residui di diritti che precedettero l'incameramento di questi beni nel patrimonio comunale e perciò il Comune è in dovere di rispettare questi diritti quesiti all'uso; la ragione pratica è che i comunisti i quali avendo gregge possono o potrebbero concorrere all'uso del pascolo non hanno d'ordinario denaro sufficiente per pagare un vero affitto. Del resto, il concetto dell'utilità per le classi meno abbienti si è oggimai fatto strada nella pubblica opinione e non si può bandirlo neppure dal campo dell'utilizzazione del patrimonio comunale: tanto più che non può negarsi l'origine di questi diritti a beneficio dei poveri, dei diseredati, degli umili, dei nullatenenti. Vi sono infine degli usi civici il cui contenuto economico si riversa sulla proprietà privata: e siano pure concessi agli abitanti di un dato luogo *uti cives* od *uti municipes*. Questi usi civici furono talora confusi colle servitù e altra, per l'opposto, furono considerati come effetto di mera tolleranza: un'opinione diversa e sotto un certo aspetto intermedia era quella che li considerava diritti spettanti alla

Digitized by Google

comunità del villaggio, pur senza qualificarli come diritti di servitù. Ma pur nel diritto comune, mentre il concetto di servitù veniva sempre più ad illanguidirsi, si affermava il principio che il proprietario, riducendo le sue terre a migliore coltura o riservandole per proprio uso, potesse a suo agio (manifestando un'intenzione susseguita però da fatti positivi) togliere all'utente il diritto dell'uso. Perciò la figura appariva adatta ad essere costruita come precario, sembrando che a suo piacere il proprietario stesso potesse ritirare l'autorizzazione o la tolleranza dell'uso, mentre non basta la semplice volontà del proprietario per escludere l'utente, ma (come dicemmo) occorre che il proprietario destini quel fondo ad un'utilizzazione incompatibile coll'esercizio dell'uso. Questa figura, in sostanza, si presenta come un principio di conciliazione e di coordinamento tra il principio romano di proprietà colle relative facoltà proibitive attribuite al proprietario, da un canto; e dall'altro la deferenza alle classi meno abbienti della società. I giureconsulti più moderni però si lasciarono andare tanto alla deriva della corrente socialista, da dimenticarsi quasi o da non accorgersi che stavano scherzando col fuoco e che persino, dando troppo sviluppo alla pastorizia, si venivano a danneggiare gli interessi dell'agricoltura, la quale oggi è chiamata ad uno dei posti d'onore nel banchetto delle industrie tutte e non può abbandonare il suo posto per negligenza o per impotenza o per difettosa tutela di leggi. Una sistemazione definitiva di questa materia, infatti, sorge dai detriti e sui detriti del passato, ma non può aver così poca forza, da lasciarsi sopraffare per questi detriti del passato e da perdere il dominio della situazione e la direttiva delle nuove idee e delle nuove sistemazioni giuridiche.

L'art. 682 Cod. civ. presuppone la possibilità che sia costituita in taluni territori la reciprocità dei pascoli, che il Codice Napoleone (art. 647) aveva posto sotto la rubrica delle servitù derivanti dalla situazione dei luoghi, quasi come si trattasse di servitù legale. E di vero, se i fondi fossero collocati in ubicazioni diverse o più lontane e meno accessibili da una parte all'altra per le ordinarie comunicazioni, non vi sarebbe più ragione nè interesse al pascolo reciproco: poichè eviden-

Digitized by Google

temente il pascolo reciproco suppone reciprocità d'interessi *ratione rei sitae* e considerando che le gregge abbiano il loro ricetto e la loro dimora nei fondi stessi, dei quali si ritengano quasi come accessori. La reciprocità qui ha per base l'interesse ed esclusivamente l'interesse dei reciprocisti; di tutti e di ciascuno di essi, nel senso che di molti reciprocisti neppure uno può essere astretto a rimanere, nolente, nella comunione del pascolo. Il Codice civile, trovando la reciprocità in atto e già stabilita per effetto dei sistemi anteriori, avrebbe potuto con un tratto di penna abolirla come poi si vollero abolite le servitù civiche o gli usi civici: ma esso preferì di riconoscere, apprezzare e mantenere questo stato di fatto, per ricavarne quella maggiore utilità che si potesse sotto l'impero dei tempi moderni. Il MANCINI, nei lavori preparatori al Codice, propose l'abolizione del pascolo reciproco, o, quanto meno, ne propugnò la classificazione sotto la categoria delle servitù prediali: ma, per il modo come l'articolo doveva essere redatto, sembrò piuttosto un omaggio alla proprietà che non una violazione della proprietà stessa e fu lasciato passare. La questione poteva essere, quanto a classificare questo diritto di pascolo reciproco, tra la categoria della comunione e quella delle servitù: nel contrasto si preferì, a quanto si vede, la categoria della comunione, allo stesso modo che il Codice Napoleone aveva preferito la categoria delle servitù. Questa preferenza data dal Codice Napoleone a noi non sembra da condannarsi e molto meno da deridersi, più che non sia l'istituzione di tutta quanta la categoria delle cosiddette servitù legali o necessarie per la situazione dei luoghi. E poi si è visto che il legislatore ha dovuto confondere, per venire a capo a modo suo di questa classificazione, tra comunione dei pascoli e reciprocità degli stessi: istituendo poi, soltanto per il caso dei pascoli, la figura della reciprocità o reciprocanza che si presta a non lievi equivoci e a parecchie discussioni nel campo giuridico. Che cosa rappresenta infatti questo concetto della reciprocità, se non la contrapposizione, per contemporaneità o alternazione, di due diritti o di più diritti fabbricati tutti sullo stesso stampo? Noi abbiamo due o più diritti all'utenza dei pascoli, dei quali l'uno è il corrispettivo dell'altro e l'uno

Digitized by Google

rappresenta la condizione di sussistenza degli altri tutti: quindi, posto una volta che l'esistenza di uno di questi diritti è base all'esistenza degli altri diritti di utenza, non resterebbe che di fermare l'attenzione su ciascuno dei diritti stessi, diritto per diritto isolatamente e abbandonando ormai ogni ulteriore preoccupazione per i loro rapporti reciproci. Ed allora si prescinderebbe da ogni concetto di comunione, nè inesattamente: poichè la comunione è *in situ*, ossia in un territorio determinato, tra più utenti (uno dei quali può essere anche il proprietario del suolo destinato a pascolo), la comunione non si sposta da terreno a terreno per lo scambio o la reciprocanza di un uso. La comunione deve considerarsi obbiettivamente, oltrechè subbiettivamente: e obbiettivamente è tipicamente rappresentata da una contemporaneità perfetta di più gregge che in uno stesso periodo di tempo trovansi a pascolare su di un medesimo territorio. Ma come si fa a conciliare la comunione colla reciprocità, dal momento che la reciprocità importa diversità di territori sui quali contemporaneamente si esercita o può esercitarsi lo stesso diritto di pascolo? La reciprocità, giuridicamente parlando, non presenta interesse che dal punto di vista del corrispettivo, inquantochè uno dei due diritti o dei due usi può presentarsi come corrispettivo o compenso degli altri diritti o degli altri usi: ma ciò non esclude che tutti questi diritti, tutti questi usi (anche nel loro esercizio) debbano considerarsi come a sè stanti e classificabili con criteri propri, sui quali non influisca punto il concetto della reciprocità, poichè questo concetto non varrebbe che a complicare inutilmente e inesattamente la posizione delle cose e a deviare i criteri del giudizio definitivo. Il diritto di pascolo, se non è comunione di proprietari, non può essere che servitù: il concetto di reciprocità può applicarsi anche alla servitù e non solo alla proprietà, perchè non può escludersi che di due o più proprietari l'uno possa esercitare un diritto d'uso o di servitù sul fondo o sui fondi dell'altro e viceversa: ad esso diritto può corrispondere una costruzione netta a base di servitù o a base di comproprietà, ma non a base di reciprocanza, poichè questa è una condizione accidentale che non influisce sostanzialmente sul carattere giuridico dell'uso di pascolo. Anche i

Digitized by Google

diritti di alimentazione tra parenti e i diritti di successione legittima si sviluppano da un presupposto di reciprocità; eppure a nessuno venne in mente di classificarli come diritti di reciprocità agli alimenti o di reciprocità alla successione. Che se nell'art. 140 Cod. civ. si parla di reciproca obbligazione degli alimenti tra suocero, suocera, genero e nuora: una tale reciprocità non ammette, anzi esclude, quella contemporaneità che è caratteristica della comunione, perchè mentre il genero somministra gli alimenti allo suocero, questi certamente non li somministra a lui; altrimenti non ne avrebbe bisogno per sè, nè l'altro avrebbe il dovere di somministrargliene. La reciprocità neanche qui caratterizza il diritto, dunque: è una circostanza che lo accompagna, ma non lo determina. Se cessasse la reciprocità, cesserebbe anche il diritto: perchè certamente la reciprocità stessa funziona come condizione risolutiva e in questa sua funzione implica non potersi il pascolo esercitare da una parte senza che nel tempo stesso si eserciti dall'altra parte. Però è risaputo che la condizione, per quanto attenga al funzionamento di un diritto, non ne caratterizza perciò l'indole e non ne modifica il carattere sostanziale, che va determinato con altri criteri e in base al vero contenuto del diritto stesso secondo la portata delle facoltà in esso contenute e secondo la forza di comprensione e di estensione dei suoi atti. Come si vede, si ebbe una certa repugnanza a classificare questi usi tra i diritti di servitù: non meno che si ebbe (e giustamente, a nostro modo di vedere) una sensibile repugnanza a classificare come servitù legali le limitazioni legali al diritto di proprietà. E di vero, direttamente o indirettamente, la dottrina tende a considerare lo stesso diritto di pascolo come una limitazione legale al diritto pieno e giuridicamente completo della proprietà nel senso romano: dal momento che si è giunti a riconoscere la coesistenza del diritto di proprietà col diritto di pascolo sopra uno stesso ed unico territorio. Il pascolo certamente in origine si manifestava e si esercitava su terre abbandonate o incolte, o abbandonate dai proprietari o pochissimo da essi curate per la difficoltà degli accessi e per la loro limitatissima produttività: l'abbandono del proprietario portava allora che la diligenza dei poveri, ai quali il bisogno

Digitized by Google

acuiva la mente alla ricerca di risorse gratuite o semi-gratuite, li inducesse a sfidare le asperità delle roccie e li portasse con loro capre e montoni su terreni aspri e tenuti a bosco naturale e a vegetazione libera. E la presenza del pastore colla greggia su quelle balze rappresentava allora quel poco di vita e di movimento che nelle circostanze di tempo e di luogo si poteva vedere su quelle contrade remote dal consorzio dei viventi: e questi indizi di vita crebbero, quando si aggiunse la capanna per il ricovero di animali e pastori dalle intemperie; e crebbero ancor più, quando il pastore vi si potè stabilire quasi definitivamente, tollerato dal proprietario o magari nella veste di guardiano delle terre stesse per conto del proprietario. Vennero quindi le lotte dei Comuni liberi contro i feudatari delle campagne; e i pastori, preziosi pel servizio di guida o di avanscoperta, o entrarono a servizio e a contatto diretto del signore feudale, o (a seconda della lontananza dai centri abitati) presero parte per le città. Ma è più facile che, per l'indole sua rustica e per le abitudini della sua professione, il pastore parteggiasse per il signore e a lui rendesse servigi utili, anzi preziosi, ricavandone come beneficio il riconoscimento del diritto attivo di pascolo o della consuetudine del pascere. Da tuttociò non escì fuori l'enfiteusi, perchè l'enfiteusi ha per obbietto il miglioramento della terra, e questa terra non era suscettibile di miglioramento ed era quasi esclusivamente abbandonata alle forze libere della natura: venne fuori tutto quel che poteva venirne, a maggior beneficio dell'utente, poichè la terra non poteva produrre altro che pascoli e poichè per modificarne anche di poco la produttività si sarebbero dovute sostenere spese sproporzionate.

Ma non i soli terreni montuosi poterono essere esposti al pascolo e utilizzati principalmente per il pascolo. Il bestiame pascolante ha bisogno di svernare al piano, e quì l'origine dell'uso riconosciuto e legalizzato non si spiega più agevolmente che coll'usurpazione, cagionata e facilitata dall'abbandono in cui erano lasciati i latifondi in terreno pianeggiante, specialmente quando le condizioni igieniche del territorio lasciassero a desiderare: e quando, per appartenere i terreni stessi a proprietari ricchissimi o a comunità infingarde o mal-

Digitized by Google

sicure, la sorveglianza sopra luogo (anche di fronte all'esercizio di atti continui ed apparenti) non bastava all'ordinario interesse di un diligente padre di famiglia. Quì però più comunemente fu stabilito il sistema dei fitti o dei canoni, ben tenui ma pur sufficienti alla ricognizione del dominio: non però ovunque nè con pari esattezza di adempimento. Quì il proprietario potèva risvegliarsi più spesso che non sui monti, o per il proprietario l'affittuario o i suoi agenti o guardiani sopra luogo. Nei secoli scorsi però la polizia rurale, anche per conto dei privati, non poteva come oggi contrapporsi ai molteplici abusi e alle frequenti usurpazioni dei pastori; tanto che via via si venne formando una più che secolare osservanza, alla quale parve opportuno accordare la sanzione protettrice del diritto anche in contrapposto coi diritti del proprietario o dell'affittuario.

In tutto questo procedimento di pascoli estivi o invernali non appare tuttavia che siasi potuto agevolmente stabilire il sistema della reciprocità tra pastori, da terra a terra; se pure tra vari utenti non si fosse stabilita una specie di associazione per render più forte e più resistente l'abuso in confronto dei proprietari. Ma la reciprocità si spiega assai meglio con un'ipotesi di più proprietari di terre e ad un tempo pastori: senonchè questo è un facile miraggio nel quale può assai facilmente nascondersi una costruzione giuridica insidiosa, quando la nostra mente dal concetto di proprietà trascorre troppo rapidamente e facilmente a quello di comunione o di proprietà comune. Se il discorso si trasportasse dal campo della proprietà comune su quello della servitù comune, per lo meno il ragionamento correrebbe meglio e lascierebbe lo spiraglio aperto alla considerazione di altre utilità diverse dal pascolo ed estranee alla comunione. La reciprocità intanto suppone insufficienza dei fondi individualmente considerati: perchè, se ogni proprietario avesse nel suo fondo il pascolo sufficiente per il proprio bestiame, egli non avrebbe bisogno di portarsi sul fondo dell'altro; ma d'altra parte, se egli non ne avesse d'avanzo per sè, non potrebbe trovare convenienza di ammettere nel pascolo proprio il gregge altrui. Questa contraddizione può eliminarsi coll'ipotesi che si tratti di pascoli diversi; può eliminarsi coll'ipotesi che si

Digitized by Google

tratti di gregge diverse; può eliminarsi coll'ipotesi che il gregge del proprietario del fondo pascolivo non sia nel fondo stesso e che non in tutte le stagioni i mezzi di comunicazione siano egualmente buoni o siano sufficienti per condurre il gregge dal luogo dove si trova nel luogo dove il proprietario di esso possiede il terreno pascolivo. Può spiegarsi (ed anche più ragionevolmente) col concetto di un antico latifondo diviso posteriormente in piccole zone o proprietà tra altrettanti proprietari, i quali dell'antico nucleo indiviso abbiano voluto o, per disposizione di volontà altrui, dovuto conservare il pascolo promiscuo. Poichè a quell'epoca forse non poteva prevedersi se tutti i proprietari dopo la divisione, e in qual misura ciascuno, avessero voluto o potuto dedicarsi alla pastorizia, e con quali e quanti capi di bestiame; non è escluso che si fosse fin d'allora avvisato a lasciare libero l'avvenire con una promiscuità, grazie alla quale si fossero potuti sistemare i bisogni e gli interessi di tutti e di ciascuno.

85. Sulla facoltà del recesso si fonda dunque tutta quanta la fisionomia di questa comunione per reciprocità di uso. L'art. 682 del Cod. civ., prendendo come punto di partenza il *fatto* della reciprocità dei pascoli nei territori dove è costituita (s'intende non abusivamente o con origini abusive posteriormente legalizzate per titolo o per lunga osservanza, dispone che, volendo uno dei proprietari recedere in tutto od in parte da tale reciprocità (che chiama comunione e potrà riferirsi all'antica *communio pro indiviso* dei fondi poi suddivisi con riserva di reciprocità), debba farne denuncia in certi dati modi e con certe prescritte formalità. Così la reciprocità (non comunione ma residuo o detrito di comunione vera antica e originaria della reciprocità che ne rappresenta quasi l'effetto e lo strascico), per l'interesse individuale di uno solo dei reciprocisti, si dissolve e può continuare per un tempo illimitato, poichè non si ritiene che comprometta essa l'interesse pubblico o la libera commerciabilità dei fondi, al modo stesso che non la comprometterebbe la persistenza di una servitù qualsiasi. Lo stesso principio per il precedente art. 681 si applica alla comunione vera e propria, o, secondo il punto di vista del Codice civile, alle specie

Digitized by Google

di comunioni diverse dal pascolo reciproco; senonchè per tutte le altre specie di comunione, meno che per quella del pascolo, la facoltà del recesso s'infrange contro il patto di una comunione *ad certum tempus*, purchè non eccedente il decennio. La ragione di questa diversità non può escludersi in una considerazione più sfavorevole che la legge addimostra verso la reciprocità del pascolo, come la manifesterebbe contro una servitù qualsiasi riducendola al limite minimo ossia ai minimi termini per comprensione come per estensione. Ma non possono tutti i partecipanti meno uno, nè la maggioranza dei partecipanti escluderne soltanto uno tra essi dalla comunione; come non può nè la unanimità meno uno, nè la maggioranza, nè taluno dei reciprocisti bandire uno o più di uno tra essi dalla reciprocità, pur rimanendovi per conto proprio.

La procedura è quella di chiedere e pretendere, quanto a sè e individualmente, il recesso dalla comunione o dalla reciprocità del pascolo; quantunque la conseguenza ne sia che la comunione resti per gli altri e che la reciprocanza (in quanto e perchè tale) venga in tutto o in parte a disgregarsi. Poichè nella reciprocità è insito il concetto del corrispettivo, e, recedendo taluno dalla reciprocità, può tuttavia conservare una parte della precedente partecipazione ai pascoli degli altri, qualora ciò sia possibile tenendo conto delle regole del corrispettivo. Ed anche lo stesso recesso dalla reciprocità, anzichè totale, può essere parziale; mentre una tale suddivisione o distinzione tra parte conservata e parte perduta o rinunziata non è possibile nella comunione vera, la quale affetta la completa disponibilità, e la completa utilizzazione del fondo, ed in quanto rappresenta come la proprietà non comune il dominio pieno sul fondo e sulle varie parti, indivise e indivisibili, di esso. La facoltà, assoluta siccome resistente ad ogni patto contrario, di recedere dalla reciprocità dei pascoli dissolve, nel modo più libero di tutte le convenzioni, questo diritto reale, per quanto esso sia vincolato, nella reciprocità stessa, al concetto del corrispettivo: e perciò, per salvare i patti di fronte a questa condizione essenziale di corrispettivo, conviene modificare la portata delle conseguenze. Per quanto terreno il denunciante sottrae

Digitized by Google

all'uso comune, per altrettanto egli deve perdere il diritto di pascolo nell'altrui fondo o negli altrui fondi. Il Codice dice che il diritto di pascolo *si perde in proporzione del terreno sottratto* alla reciprocanza dell'uso; l'omaggio alla libertà dei fondi non compromette dunque i diritti *proporzionali* acquisiti dai reciprocisti per patto o per usucapione. Se si tratta di pascoli diversi e destinati a bestiame diverso, come si farà a determinare questa proporzione, la quale d'altronde sarebbe facilissima per superficie nel caso che si trattasse di pascoli della stessa natura e destinati alla stessa qualità di bestiame? Non vi è che un solo metodo: ed è la valutazione economica o finanziaria del valore del pascolo per il quale si è avuto il recesso e degli altri pascoli che rispetto a questo si trovavano o si consideravano in rapporto di equivalenza per la perfetta reciprocità degli usi. Il calcolo magari potrà essere complicato, ma non è impossibile; tutto sta ad adoperarlo con buona volontà e colla indispensabile pazienza, come per tutti i calcoli che presentano una certa complicazione e combinazione di elementi e di dati; tutto dipende dal non trascurare la minima circostanza di fatto in rapporto colla diversa destinazione dei pascoli stessi e colla loro diversa attitudine secondo le stagioni, i tagli, il modo stesso della loro coltivazione. Può darsi che, essendo un pascolo migliore di un altro, il recesso dalla comunione o reciprocità di questo pascolo equivalga alla eliminazione dalla reciprocità di un pascolo più esteso ma meno buono, e viceversa. Ora la proporzione in che altro consisterebbe fuorchè in questo ragguaglio di valore o di potenzialità economica tra l'un pascolo e l'altro? La sola estensione certo non potrebbe bastare e rappresenterebbe un criterio assolutamente e di per sè solo inesatto: tanto che il Codice stesso, pur volendo stabilire e obbligare la proporzione, si è guardato bene dal fare accenno espresso alla estensione superficiaria, e neppure di accennare a questo criterio lasciando intravedere la contemporanea applicazione di altri criteri.

Sotto questo punto di vista il lavoro dell'interprete e del giureconsulto è maggiore del lavoro del legislatore, senza dubbio; nè il giureconsulto, nella pratica applicazione dei

Digitized by Google

criteri legislativi, può e deve sfuggire dalla responsabilità e dal lavoro che gli incombono per le sue stesse attribuzioni. Del resto le stesse parti interessate debbono far la strada alla soluzione del problema pratico; e il problema pratico si pone caso per caso, lumeggiandolo con tutte le circostanze di fatto che l'accompagnano e dalle quali può assumere un carattere speciale, non trascurando nè l'estensione nè l'intensità del pascolo, nè la sua qualità e forse anche talvolta neppure la sua ubicazione in rapporto ai mezzi di accesso. Quando, tenuto conto di tutti i fattori, siamo giunti a stabilire la proporzione tra i due territori, si fa presto a calcolare la diminuzione del diritto di pascolo per effetto del recesso: la qual diminuzione nell'estensione del diritto di pascolo sarà naturalmente tutta a carico del recedente e punto a carico degli altri partecipanti o reciprocisti, i quali non hanno che vedere col recesso. Vero è che potrebbe osservarsi come il recesso abbia cambiato o alterato il piano generale del pascolo tra tutti i reciprocisti e il piano speciale per ciascuno di essi; talchè dopo questo cambiamento, gli interessi di tutti vengano più o meno a spostarsi e forse per taluno più non convenga lo stato di reciprocità o per lo meno quel determinato stato di reciprocità in base alla precedente combinazione. Ebbene: se così è, non vi è altro rimedio che il recesso per quei reciprocisti o per quello dei reciprocisti che si trova nella condizione di non aver più bisogno del pascolo reciproco o di non poterne più adeguatamente approfittare. Egli non può altrimenti condursi, nè chiedere risarcimenti o spostamenti o riduzioni di sorta; d'altronde la natura del contratto è questa, che, se viene meno la volontà dei contraenti, effettivamente il contratto, nel suo contenuto caratteristico, deve dissolversi, e del resto l'art. 682 del Cod. civ. vuole stabilita, senza conseguenze più o meno dirette o indirette, la piena libertà di recesso unilaterale dalla reciprocità del pascolo. Questa libertà piena di recesso, evidentemente, è il portato dei tempi moderni e corrisponde a ciò che si è disposto per l'affrancazione delle enfiteusi, per la limitazione delle locazioni perpetue e va dicendo: così si vuole per ragioni d'interesse pubblico e per disposizione generale ispirata a criteri d'ordine pubblico,

Digitized by Google

alle quali l'interesse privato non può fare ostacolo, neppure sotto forma o veste di compenso o di risarcimento, sotto forma diversa da quella eventualmente stabilita nel Codice medesimo.

Di fronte a queste ragioni d'ordine pubblico non è possibile muovere obbiezione per pretese lesioni ad interessi o a diritti privati; l'unica conseguenza in rapporto alle parti, nella nostra ipotesi di recesso dalla reciprocità dei pascoli, consistendo nella riduzione o limitazione della reciprocità da parte degli altri reciprocisti e a carico di essi. E così, evitando questioni difficili e complicate di conguaglio in denaro, la valutazione pecuniaria è però la base della riduzione della reciprocità dei pascoli e del più regolare esercizio della servitù, combinando la volontà delle parti, contrattualmente manifestata, colla nuova manifestazione della volontà di recedere e coll'interesse pubblico indirizzato allo svincolo dei fondi dai vincoli che ne intaccano la proprietà. Vi è qui la considerazione della miseria di classi meno abbienti? No, perchè trattandosi di reciprocità territoriale di pascoli, i reciprocisti sono tutti proprietari di terre e quindi non hanno proprio bisogno di fare appello alla commiserazione dei poteri politici, nè di reclamare temperamenti o modificazioni o attenuazioni; qui proprio le teorie socialiste non troverebbero il modo di applicarsi a favore della reciprocità, che del resto generalmente è indice, detrito e residuo di una più antica proprietà successivamente divisa in parti. È sempre un resto di azione o di società capitalistica, questo; il diritto di proprietà si suddivide parzialmente sotto forma di reciprocità e per il resto si suddivide all'infuori di ogni forma e contenuto di reciprocità e in tal sua divisione o suddivisione obbedisce alla regola o alle regole per le quali la proprietà si trasmette prescindendo da ogni considerazione di classi non abbienti e da ogni riflesso di riforma nella distribuzione della ricchezza, la quale resta sempre distribuita così come era dapprincipio e non è avocata alla comunità nè allo Stato.

L'atto di recesso, nel quale si concreta la facoltà del recedere, non ha che una certa somiglianza, ma assai limitata, all'inadempimento nelle obbligazioni bilaterali. Per queste

Digitized by Google

l'inadempimento è un atto anormale e arbitrario, ma non ostante facoltativo nella parte inadempiente: soltanto esso pone in giuoco un istituto speciale, che è quello della cosidetta condizione risolutiva nella portata delle sue conseguenze. La parte inadempiente, finchè è possibile, può essere astretta all'adempimento materiale del contratto, e, quando non è possibile, può ottenere il suo desiderato e cioè a dire il dissolvimento del contratto stesso; salvo nell'uno o nell'altro caso l'obbligo alla rifazione dei danni. Lo scioglimento però figura come richiesta della parte non inadempiente e non come volontà diretta della parte inadempiente; ma in effetto esso scaturisce dalla condotta dell'inadempiente, che prima dell'inadempienza conosce la portata della disposizione legislativa destinata alla sistemazione del rapporto contrattuale: e anzi, siccome nella maggior parte dei casi la persistenza dell'inadempiente esclude la possibilità dell'adempimento, la conclusione è che a ciascuna delle parti contraenti, in definitiva, resta la facoltà di frustrare (salvi i risarcimenti) il vincolo obbligatorio col violarlo per la prima, colla piena prevedibilità delle ultime conseguenze della sua condotta. Ma, quando si tratta di reciprocità di pascoli, la legge si pone per una via più retta e più normale e non è tenuta di fare omaggio all'imperio delle necessità imprescindibili di fronte alla impossibilità di costringere qualsiasi persona a fare una cosa qualsiasi; e di vero questi usi reciproci non si può in modo assoluto asseverare che derivino da contratto espresso o tacito, piuttostochè da usucapione o da un qualsiasi modo di sovrapposizione originaria e continuata della volontà dell'utente su quella del proprietario nel cui terreno è stato stabilito il pascolo. Nel caso dunque di pascolo reciproco la legge stessa dà il modo di risolvere normalmente la reciprocità, in tutto o in parte, nell'interesse di un reciprocista o di più reciprocisti: e il modo consiste non nell'inadempimento studiato e premeditato, bensì nel mezzo della denuncia ossia della dichiarazione di una volontà legittima e perfettamente ammessa dalla legge come produttiva dell'effetto voluto, ossia del recesso dallo stato di reciprocità del pascolo. Questa linea di condotta è lodevole, in quanto incoraggia la buona fede e combatte la mala

Digitized by Google

fede nei rapporti giuridici, sieno dessi o no contrattuali; è lodevole perchè non acuisce l'ingegno delle parti al reciproco inganno o alla reciproca violenta sovrapposizione degli interessi in un campo dove, per mancare ordinariamente patti contrattuali, le sopraffazioni potrebbero essere del resto più facili e più frequenti. D'altra parte, se anche si tiene conto del contenuto del risarcimento dei danni, si trova che il risarcimento di danni nel caso nostro si può intendere tradotto appunto nella diminuzione della reciprocità dall'altra parte, ossia da parte di coloro che si veggono tolta la reciprocità ad opera di uno dei comunisti, al quale non può d'altro canto negarsi l'autonomia di giudizio quando si tratta di provvedere ai suoi propri interessi.

Ora appunto su questo terreno, che ha molti punti di contatto colla comunione, ci sembra che non impropriamente nè fuor di luogo il legislatore abbia voluto far richiamo dei principî sostanziali applicati in materia di comunione, considerando che appunto questa reciprocità, come vedemmo, si presenta quale un residuo o un detrito della comunione, sciolta su quei fondi per tutto il resto e mantenuta in essi soltanto per quanto concerne il pascolo da un fondo all'altro, da un proprietario all'altro. Così, evidentemente, si rende omaggio alla stessa origine storica di questo istituto della reciprocità dei pascoli: nè meno di ciò ha voluto appunto il legislatore, allorchè nell'art. 682 ha determinato le norme da seguirsi nei territori ove è *stabilita la reciprocità dei pascoli.* La reciprocità è stabilita dalla consuetudine, ma la consuetudine non è cieca nè è sorta dalla testa di Giove, bensì corrisponde a un detrito di una vecchia comunione che per il resto è rimasta dissolta, ma non si è dissolta completamente per l'interesse degli antichi comunisti che alla vecchia comunione hanno voluto sostituire una semplice reciprocità parziale; per la qual cosa, risalendo alle origini, si trova agevolmente la spiegazione del fatto come oggi è e del modo come la legge ha voluto regolarlo senza danneggiare gli interessi e molto meno i diritti di taluno dei reciprocisti e dei reciprocisti tutti insieme e partitamente considerati. Il sostrato di fatto della reciprocità dei pascoli, evidentemente, dev'essere reale e pieno: nè si deve trattare

Digitized by Google

di reciprocità di mera tolleranza da entrambe le parti o da una sola delle parti, poichè dalla mera tolleranza non può sorgere una reciprocità di diritti per la quale sia il caso di applicare le disposizioni dell'art. 682. Dove sia stabilita la reciprocità dei pascoli è una questione di fatto che non risulta soltanto da un'ispezione esteriore o da un esame superficiale, bensì richiede un esame e giudizio giuridico sovrapposto alla constatazione dei fatti, ma derivante dalla constatazione dei fatti stessi nel loro significato reale, nel significato che ad essi può e deve attribuirsi per il significato che rivestono e per le circostanze che li accompagnano. Coloro che osservano, da vicino o da lontano, per una volta sola o periodicamente, l'esercizio del pascolo su terreno altrui, non possono certamente con sicurezza accorgersi se si tratti di precario o di uso legalmente costituito; per arrivare sino a questo punto è d'uopo istituire un'indagine più profonda e vedere addentro all'esercizio stesso e alle sue modalità. Se il proprietario del fondo, sul quale ora si esercita il pascolo a titolo preteso di promiscuità, qualche volta lo ha chiuso, evidentemente egli ha applicato l'art. 442 Cod. civ., e riaprendolo poi a intervalli per farvi entrare il gregge altrui dà indizio potente che qui si tratti d'una semplice concessione in precario e non d'un vero e proprio diritto che l'altro legittimamente eserciti in confronto del proprietario stesso della terra. D'altronde, se uno dei reciprocisti, anzichè proporre il recesso nelle forme volute dalla legge, andasse per le spiccie col chiudere il suo fondo dov'è il pascolo, gli altri reciprocisti avrebbero contro di quello le azioni della proprietà e del possesso, non quelle della servitù e del quasi possesso; e ciò per la ragione evidente che nella figura di compartecipazione o di promiscuità di pascolo non vi è già il carattere di una servitù, ma quella di una comproprietà parziale per conto dei compartecipanti. E se il compartecipante o reciprocista non ricorre all'esercizio di tali azioni, ciò significa che egli non ha e mostra di non avere la coscienza del suo diritto e della legittimità dei suoi interessi e della regolarità della sua situazione: non reclamando nei modi idonei contro la chiusura del fondo nel quale esiste il pascolo, egli, il preteso reciprocista, dimostra di ritenersi

Digitized by Google

più che altro come un semplice precarista e di rassegnarsi alla sospensione o alla cessazione di un beneficio che egli doveva al semplice beneplacito dell'altra parte, la quale, come dette una volta, oggi ritolga colla stessa libera facoltà di disporre che ebbe prima.

Invece, se egli avesse ottenuto la manutenzione nel possesso di questa sua pretesa reciprocità del pascolo, dopo avere naturalmente dimostrato la forza e il valore del suo diritto, sarebbe perfettamente il contrario e si tratterebbe di escludere il precario già senz'altro, senza badare al concetto della reciprocità. Perchè anche dove noi troviamo il contenuto della reciprocità del pascolo, si potrebbe avere da una parte la servitù di pascolo, dall'altra il pascolo precario, senza alcuna idea di reciprocità o di corrispettivo alla servitù stessa. Insomma, ogni fatto che si osserva in materia di pascoli, sia che accenni, sia che non accenni ad una figura esteriore di reciprocità, dev'essere valutato alla sua giusta e vera stregua al lume dei criteri giuridici; nè si può pretendere di applicare il principio che dal fatto sorge il diritto prescindendo assolutamente da ogni criterio giuridico nella valutazione dei fatti e assumendo questi in una nudissima esteriorità priva di nesso tra le parti e priva di contenuto sostanziale.

Requisiti del recesso sono: che se ne faccia denuncia un anno prima della sua attuazione, che la denuncia sia notificata all'amministrazione comunale e pubblicata nel luogo degli affissi del Comune. Noi abbiamo spiegato già abbastanza lo scopo della denuncia per la cessazione della reciprocità, nel senso che, non potendo adottarsi il sistema della condizione risolutiva, pure ad altro sistema conveniva ricorrere per render possibile la dissoluzione della reciprocità dei pascoli e restituire un dato pascolo alla libera disponibilità del proprietario del suolo: e questo altro sistema nel caso determinato non potrebbe essere che il preavviso o disdetta, come si farebbe per la cessazione di un affitto di fondi rustici per tempo indeterminato o in un contratto di mezzadria. E difatti la diffida suppone la durata senza determinazione di tempo del rapporto giuridico al quale essa si riferisce, oppure la rinnovazione indefinitamente ripetuta di un periodo

Digitized by Google

fisso e già trascorso; quando il patto non è contrario alla consuetudine che secondi un tal sistema di durata o di rinnovazione, o anzi espressamente prevale una rinnovazione siffatta e una simile durata per tempo senza determinazione di fine. La diffida di una parte serve per mettere in mora l'altra parte acciocchè sappia di dovere abbandonare il diritto o l'esercizio del diritto nel tempo indicato e per evitare che quella parte si lagni di danni e pregiudizi per non aver potuto prendere giustamente le proprie misure prima di rinunziare al fondo per provvedere diversamente ai propri interessi o per non romperli bruscamente a causa di una cessazione immediata. La disdetta non corrisponde solo all'enunciativa di un fatto futuro, ma porta con sè anche un contenuto giuridico, è un documento che può essere addotto in giudizio, può essere valutato ed ha un valore indiscutibile in un eventuale giudizio da istituirsi per regolare le differenze tra reciprocisti: in ogni caso essa risponde ad una prescrizione giuridica determinata, al difuori della quale non si trova che la sorpresa e la sopraffazione. In un anno le persone interessate possono ben provvedersi in un modo qualsiasi a riguardo del pascolo; esse hanno tempo di provvedere e di sostituire quanto venne loro tolto con altro pascolo adeguato e sufficiente ai bisogni del loro gregge, oppure di cedere questo ad altri e di ritirarsi dall'esercizio del pascolo. La forma, nel contenuto documentale della denuncia, non è però in alcun modo stabilita: e quindi dovrà semplicemente uniformarsi ai requisiti essenziali che valgono a determinarne l'obbietto e il contenuto e in modo certo, per quanto riassuntivo o non minuzioso, il fondo al quale si riferiscono e il pascolo e la denuncia di recesso dalla reciprocità. Taluno potrà ritenere strano che la denuncia debba esser notificata all'amministrazione comunale e pubblicata nel luogo degli affissi del Comune, anzichè notificata direttamente senz'altro agli interessati, ossia ai reciprocisti, i quali hanno interesse diretto a conoscere della significata cessazione della promiscuità. Cominciamo collo spiegarci questa disposizione legislativa. Essa sembra supponga anzitutto che la comunità intiera possa avere interesse a questa promiscuità, come se la promiscuità fosse estesa a tutti i proprietari di terre nella

Digitized by Google

circoscrizione del rispettivo Comune, e non ve ne possa essere neppure da Comune finitimo a Comune finitimo, oppure non potessero essere interessati che solo alcuni o pochi dei proprietari di uno stesso Comune o frazione di Comune. Il Codice evidentemente ha ragione di considerare l'istituto così come si presenta storicamente nella sua manifestazione pratica, e cioè come è stato tramandato sino a noi attraverso alla storia dei tempi: si tratta proprio di promiscuità alla quale partecipavano tutti gli abitanti del Comune o della frazione del Comune e che è giunta a noi presso a poco in questo stato senza che noi siamo autorizzati a rettificare o cambiare le origini tali quali sono e si presentano alla nostra osservazione e noi dobbiamo accettare come dati di fatto e come elementi che non possono eliminarsi o sopprimersi. Si tratta dunque di beni appartenenti in origine a tutti i comunisti o a tutti gli abitatori di una frazione del Comune, e questi comunisti, i quali prima erano comproprietari *pro indiviso*, sono rimasti ora semplici reciprocisti del pascolo. Naturalmente, oggi ci resta questa reciprocità colla stessa estensione e quantità di subbietti come la comunione primitiva fondiaria. Ora, il recesso dalla comunione, o, per dir meglio, la domanda di scioglimento, ai termini dell'art. 681, si fa pur senza alcuna prefissione o decorrenza di termini in confronto dell'epoca per la quale la comunione deve cessare: e però lo scioglimento ha luogo immediatamente appena se ne fa domanda; se pure non vi è qualche termine stabilito dalla consuetudine e al quale debba uniformarsi chi ha diritto e volontà di recedere dalla comunione stessa. Perchè abbiamo questa differenza tra il caso della comunione e quello della reciprocità, mentre tra l'uno e l'altro si hanno pure tanti punti di contatto? Nel passare dalla comunione *pro indiviso* alla divisione o ripartizione territoriale vi sono o vi possono essere non poche lesioni d'interesse dei comunisti: poichè certamente da uno stato di comunione *pro indiviso* si possono avere tanti benefizi i quali poi inesorabilmente vanno a cadere dopo la divisione o la ripartizione dei beni che prima erano comuni. Per ragione d'esempio, nello stato di comunione si può mescolare, per aver vino, il prodotto di più vigne di diversa qualità di uva, le quali poi per effetto

Digitized by Google

della divisione vanno ripartite tra i condividenti per modo che ciascuno di essi non possa aver vigne che di una sola qualità di uva. Ora, se questo pericolo imminente del disagio che corre dall'una all'altra vinificazione non è avvertito in tempo, il comunista che per ragioni di commercio o di comodità privata teneva a quella specie di vinificazione può trovarsi un po' scompigliato nei suoi progetti di produttore di vini per sè e per altri, senza che possa correre in tempo al rimedio. Come questo, che è un esempio (diremo così) ordinario o volgare, possono aversi mille e mille altri casi consimili di prodotti scambiati o accomunati tra vari partecipanti alla comunione e che dopo la divisione restano ripartiti tra i diversi proprietari tra i quali si vengono a distribuire i vari lotti della proprietà originariamente unica. Lo stato di divisione può produrre dei benefizi come delle perdite, dei vantaggi come degli inconvenienti tra i proprietari singoli; ed a questo i proprietari stessi debbono essere preparati, poichè sanno che lo stato di comunione è considerato quasi come anormale od eccezionale e sotto un punto di vista piuttosto sfavorevole dallo stesso Codice civile. Quì, generalmente, neppure come riflesso entra in considerazione lo scopo di agevolare le classi umili e non abbienti: mentre nella reciprocità del pascolo s'introduce, se non per diritto, quasi di profilo e timidamente, per taluni riguardi e non per altri, il riflesso umanitario sul tipo di quello che apparisce a riguardo della servitù di pascolo o degli usi civici di pascolo. Questa è la ragione della differenza tra i due sistemi: ma ciò non toglie che, avuto riguardo per lo scioglimento della comunione a considerazioni consimili a quelle fatte per il recesso dalla reciprocità del pascolo, si possa in qualche modo censurare o considerare come eccessiva quella disposizione di legge che ammette lo scioglimento della comunione senza alcun preavviso e come susseguente senz'altro ad una qualsiasi dichiarazione di volontà di uno od altro comunista. Per verità, quanto si legge nell'art. 681 propriamente non riguarda il caso nostro: ma, poichè si è voluto porre il confronto tra la comunione dei fondi e la reciprocità dei pascoli, noi siamo autorizzati d'altra parte a tener fermo questo parallelismo, almeno per vedere quali siano le ragioni della differenza

Digitized by Google

studiatamente posta e voluta dal legislatore e possiamo anche pronunciare qualche apprezzamento in materia relativa. Or dunque, se si vuole che la denunzia sia notificata all'Autorità comunale e affissa all'albo pretorio, con questo non si rende punto necessario che nè il Comune notificato nè il reciprocista ne diano altro speciale avviso o ne facciano notificazione agli altri singoli reciprocisti: e ciò senza dubbio anche per ragioni economiche, e cioè allo scopo di non aggravare il recesso, già reso obbligatorio in anticipazione di un anno sulla data prefissa al cessare della reciprocità, di ulteriori e soverchie spese le quali costituirebbero un inconveniente gravissimo e non di rado potrebbero servire appunto ad allontanare dalla dichiarazione di recesso quel reciprocista che avesse intenzione o interesse di recedere. Chi vuol recedere è giudice esclusivo della convenienza del recesso, nè può a lui contrapporsi che non abbia saputo o voluto bene giudicare di quanto gli convenga a tal riguardo operare: e se pure erra in questa sua risoluzione, sosterrà tutte le conseguenze del proprio errore. Fatto poi una volta il recesso, evidentemente non gli è più concesso di ritornare sui passi propri e di chiedere la riammissione alla reciprocità del pascolo: a meno che a questo non si venga mercè un contratto speciale, *ex novo*, cogli altri reciprocisti, come se l'affare fosse sempre intatto e si trattasse per la prima volta senza alcun precedente storico della medesima specie. Ma si domanda, prima che sia compiuto l'anno di decorrenza tra la notificazione o la pubblicazione del recesso e la effettiva cessazione della reciprocità, qual difficoltà può frapporsi a che con un atto di revoca del recesso, reso nelle stesse modalità di pubblica ragione, si possa ritornare in tutto e per tutto allo stato iniziale di reciprocanza, o, per dir meglio, si possa conservare quello stato di reciprocanza che si era dichiarato volersi abolire? Notiamo che qui non si versa in materia contrattuale, e che quindi la dichiarazione di volontà dalla parte del reciprocista denunziante non deve essere susseguita dall'accettazione degli altri reciprocisti, i quali, volenti o nolenti, debbono subire le conseguenze del recesso voluto e dichiarato nelle debite forme da uno di essi. Ciò premesso, è d'uopo anche osservare che per effetto della pub-

Digitized by Google

blicazione di questo recesso, per quanto con effetto *a termine*, i reciprocisti che rimangono oltre a quello precedente possono aver contratto nuove combinazioni per provvedere ai propri interessi e possono aver combinato un supplemento di pascolo con proprietari di fondi vicini o aver pensato a diminuire la propria greggia vendendone quei capi ai quali per il recesso del reciprocista essi credono di non poter dare il necessario alimento col sistema della reciprocità o con quel tanto di reciprocità che resta dopo il recesso del reciprocista denunciante. Insomma qui ci troviamo in un caso molto analogo a quello del termine per la cessazione di un dato rapporto giuridico o di un qualsiasi rapporto giuridico tra due o più parti: il termine designato per la risoluzione del rapporto non entra affatto nella natura e nell'indole del rapporto stesso così come quello resta sempre di una stessa specie e conserva gli stessi caratteri, sia o no coordinato o subordinato ad un termine esecutivo, sia pure nel senso della risoluzione o del recesso.

Il negozio giuridico è completo prima dell'avverarsi del termine che ne sospende l'esecuzione: è completo nel senso giuridico, e cioè principalmente nel senso della sua irrevocabilità, nel senso che non vi è forza umana la quale possa metterlo nel nulla, se pure non si tratta di costituire un negozio che abbia un contenuto positivo o negativo diretto ad elidere materialmente e sostanzialmente il contenuto del negozio di recesso o di riduzione della reciprocità. Non è ammesso che possa approfittarsi di questa procrastinata esecuzione per rendere sempre e fino all'ultimo incerte le basi del negozio giuridico che vuol essere considerato come perfetto e completo sin dapprincipio e sino alla fine, cioè fino alla sua esecuzione stessa: e non è ammissibile, perchè, se ciò fosse, verrebbe ad essere compromessa la serietà del negozio giuridico di recesso o dell'altro qualsiasi negozio giuridico che non sia destinato ad esecuzione immediata, ma soltanto ad esecuzione nell'avvenire. Però, se pure non è da concedersi la revoca di un recesso già dichiarato da una reciprocità di pascoli, ci sembra che sia invece da ammettersi la revoca, o piuttosto, il ritiro di una dichiarazione di recesso simile prima che essa sia pubblicata nell'albo municipale;

Digitized by Google

poichè, sino a quel punto, la non ancora intervenuta pubblicità esclude che gli interessati, ossia gli altri reciprocisti abbiano potuto acquistare conoscenza effettiva ed assumere ad un tempo vera notizia legale del recesso, nell'unico modo stabilito e ammesso dalla legge per simile negozio giuridico. Al difuori di questa notizia legale, qualsiasi altra notizia avuta per informazioni assunte *extra*, ossia altrimenti che per lettura nell'albo delle affissioni, è priva di effetto giuridico; laonde si potrà ancora e sempre revocare l'atto di recesso dalla reciprocità con un atto di contenuto contrario e tanto più se esso porta richiamo espresso al recesso che s'intende annullare ossia al quale si dichiara di voler togliere efficacia. Notificato così il recesso nei modi indicati dalla legge, il recedente può anche cedere o trasmettere il proprio fondo come libero dal vincolo di reciprocità al momento di maturazione del termine annuale prefisso nell'art. 682; poichè appunto sin d'allora si crede perfetto il negozio consensuale e da allora in poi non v'è che il tempo il quale possa dare il coronamento al negozio anche sotto il punto di vista della sua esecuzione, senza modificare però separatamente, o per ragione indipendente dal contenuto del negozio stesso, l'indole e la conformazione di questo. Il recesso è per sè stesso un negozio giuridico avente un contenuto per sè positivo e negativo in rapporto al negozio giuridico precedente al quale si riferisce e al quale si contrappone per ragione di contenuto: e quindi deve avere tutti i requisiti relativi alla dichiarazione di volontà sulla quale il negozio stesso si fonda; quindi esso può infirmarsi per incapacità del recedente, per dolo, per errore sostanziale, ecc. Evidentemente, non si pretende nè si può ammettere che la pubblicazione del recesso lo faccia valido, mentre senza la pubblicazione esso fosse destinato a perdere il suo valore: questo equivarrebbe a volere snaturare gli effetti della pubblicazione, la quale si sovrappone agli altri requisiti sostanziali del negozio giuridico di recesso, non si sostituisce a quelli per quanto sia una formalità di primissimo ordine e mancando la quale il recesso è come non esistente. Così, se il recesso, per l'indeterminatezza del fondo sottratto alla reciprocità del pascolo, non fosse atto valido come redazione, non potrebbe certamente essere

Digitized by Google

fatto valido per la pubblicazione e resterebbe sempre cogli stessi difetti, sostanziali o secondari, principali o accessori: e questi difetti conserverebbe quel recesso fino a che non fosse rinnovato e pubblicato in piena regola il relativo atto. Una dichiarazione di volontà che non valesse come recesso potrebbe però servire come riconoscimento implicito della reciprocità dalla quale s'intende recedere: e però, dopo di avere emesso un simile atto, chi manifestò la volontà di recedere, ma imperfettamente quanto al recesso, non può più mettere in forse l'esistenza del pascolo reciproco: poichè nessuno può contraddire al fatto proprio, neppure per mezzo di un atto inidoneo a costituire un negozio giuridico diretto ad altra finalità anzi alla principale finalità propostasi da chi lo pone in essere. Dunque, riconosciuta la reciprocità del pascolo, non si tratta di fare altro che una dichiarazione idonea di recesso, perchè il recesso stesso possa aver luogo a suo tempo: e naturalmente questa dichiarazione di recesso espone a tutte le conseguenze del recesso stesso in rapporto colla reciprocità che, per così dire, ne resta in tutto o in parte disintegrata. Da chi e come sarà pubblicata la denuncia del recesso dalla reciprocità del pascolo? Il Codice tace: e forse vorrà applicate le disposizioni generali riguardanti le affissioni degli atti municipali, che sono affissi dai messi per copia, e nell'originale portano la menzione espressa di una tale affissione? Oppure una tale affissione sarà còmpito dell'usciere giudiziario, il quale sarà tanto più competentemente adoperato, inquantochè il suo referto di affissione nelle forme consuete fa prova in giudizio nel caso di controversia? Ma si notino le due diverse espressioni relative alla duplicità dell'atto: notificazione del recesso al Comune e pubblicazione di questo recesso nell'albo municipale; due atti questi distinti e rispondenti a finalità diverse. Il recesso si notifica certamente al Comune per mezzo d'usciere, perchè tutte le notificazioni di atti aventi efficacia di costituzione in mora sono fatte a mezzo d'usciere; nè vi è alcuna ragione per eccettuare tali atti di recesso dalle regole generali. Notificato una volta al Comune, il Comune che ha ricevuto la notificazione è obbligato ad affiggere l'atto nel suo albo e non facendolo è tenuto esso nei danni eventuali, senza che il reciprocista

Digitized by Google

recedente, il quale sia in regola colla notificazione del recesso, possa essere responsabile per l'omessa affissione da parte del Comune. Il Comune stesso può fare opposizione all'atto di recesso, oppure rifiutarsi di riceverlo, allorchè non porti l'indicazione di tutti gli estremi necessari per la determinazione del pascolo e del fondo ai quali si riferisca il recesso medesimo?

La reciprocità dei pascoli, anche se derivi da un diritto civico in origine, attualmente non è più un diritto civico, ma un diritto di comunione tra due o più comunisti: ma, di regola, non ha che fare punto nè poco coi diritti civici, ai quali pure vorrebbe avvicinarsi con quella certa tinta d'interesse generale che la distingue. Il Comune dunque qui non troverebbe da rappresentare, non dico direttamente l'interesse pubblico, ma neppure, direttamente o indirettamente, l'interesse dei comunisti; e perciò non potrebbe disporre di alcuna azione giudiziaria, per assoluta carenza d'interesse e per mancanza di veste rappresentativa rispetto agli interessati, i quali per certo non godono l'uso promiscuo nè *uti cives* nè *iure civico*. Nè il Comune può rifiutarsi di ricevere o di affiggere l'atto quando sia incompleto per mancanza degli estremi sostanziali: perchè intanto esso affigge o fa affiggere l'atto che gli è stato notificato; e deve farlo, per quel valore che l'atto stesso possa avere in rapporto coi reciprocisti interessati nel recesso. Questi poi, nella debita sede, debbono discutere circa il valore del recesso e fare le obbiezioni e le opposizioni che credono, sia per la sostanza che per la forma di esso, sua notificazione e pubblicazione. Resta inteso che, se il pascolo è sul territorio di più Comuni, così la notificazione come la pubblicazione deve farsi separatamente per ciascun Comune e non già nel Comune capoluogo, se i vari Comuni hanno un capoluogo unico di circondario o di mandamento, e molto meno ancora nel Comune capoluogo della provincia. Rimane però dubbio se, oltre al proprietario del fondo o suolo sul quale è stabilita la promiscuità del pascolo, chiunque altro che abbia il diritto d'impadronirsi e usufruire delle erbe da pascere, possa denunciare il recesso dalla reciprocità del pascolo stesso: poichè intanto il testo del Codice parla di *proprietario che vuol recedere* e non di

Digitized by Google

usuario nè di affittuario nè di utente. Il dubbio sparisce però appena si richiama alla mente il concetto già abbastanza svolto più sopra: che cioè qui non si tratta nè di usi civici nè di servitù vera e propria, ma si tratta di un residuo conservato e superstite alla divisione di un'antica proprietà comune e indivisa; e che quindi questo detrito come la proprietà dalla quale si fu distaccato non può subire nè alterazione sostanziale nè soppressione senza la deliberazione e la volontà del proprietario al quale, come dapprincipio spettò il diritto o l'obbligo di svincolarsi dalla comunione, così oggi spetta il diritto o l'obbligo di svincolarsi dalla reciprocità del pascolo o dei pascoli.

86. Ma talora l'utilità generale, o qualche cosa di simile, si contrappone ed osta al recesso. Dice l'art. 682 che *la facoltà del recesso non può in verun caso essere contraddetta, se non per un grave ed evidente motivo di utilità generale del Comune in cui sono situati i beni.* Dunque vi è una reciprocità obbligatoria di pascoli: e questa reciprocità obbligatoria si ha per grave ed evidente motivo di utilità generale comunale: e cioè quando risulti dai voti del Consiglio comunale (la rappresentanza o Giunta comunale, in cosa di sì grave entità, ci sembra che non basti) che il paese abbisogna di questa reciprocità, perchè altrimenti non si saprebbe nè dove nè come andare a provvedere i pascoli necessari per il fabbisogno di quelle campagne e delle gregge addette a quelle zone di territorio. Ma veramente l'accenno letterale all'utilità sembra voglia sorpassare anche il concetto di una *semplice necessità* dei pascoli stessi e che voglia riferirsi a pascoli più agevoli o più abbondanti di quelli dei quali si possa disporre altrimenti che per la reciprocità tra proprietari, nè fare altro uso fuorchè coll'esercizio della reciprocità medesima. Il motivo dell'utilità dev'essere grave e dev'essere evidente; e l'utilità dev'essere generale. Su questi tre requisiti è bene soffermarsi alquanto per venire a capo di ciascuno di essi nella considerazione complessiva dell'utilità stessa e dei suoi caratteri per essere contrapposta alla facoltà del recesso, la quale è garantita in modo assoluto come se costituisse un requisito indispensabile della proprietà. E non solo

Digitized by Google

è garantita in conseguenza dei principî generali di diritto, ma anche per quanto si legge nell'articolo 682 Codice civile circa la possibilità o meno della contraddizione a questo diritto il cui esercizio dovrebbe por fine alla reciprocità dei pascoli.

Vi possono essere dunque dei Comuni in territori montuosi e olivati, nei quali il recesso sarebbe un grave danno e forse anche una rovina pel territorio, poichè mancherebbero i mezzi per concimare il terreno e gli alberi; questo fu notato nella Commissione senatoria per la discussione del progetto di questo articolo ed è vero in linea di fatto. Allora si può dire che realmente il pascolo, o sotto forma di servitù o sotto forma di reciprocità *iure proprietatis*, non può sopprimersi se non con grave danno della generalità: laonde qui si è adottata la soluzione di conservare per diritto pubblico quell'uso che per ragion privata vorrebbe dissolversi: ed ecco come il Codice civile ha preparato la strada alla legge abolitiva della servitù di pascere e di legnare nelle ex-provincie pontificie, inquantochè in casi consimili questa legge ammette l'affrancazione dell'utente dal proprietario, non quella del proprietario dall'utente. E fu una novità questa del nostro Codice, in confronto delle disposizioni dei Codici precedenti: già fin d'allora si presentivano i tempi, pur senza avere a propria disposizione quel corredo di teorie che oggi si ha e si squaderna ad ogni più piccola occasione. Un quarto di secolo dopo l'idea prendeva piega e si assideva come decisiva ed arbitra nei casi di conflitto: ai giorni nostri essa dilaga e fa pensare ad un riordinamento generale e completo dei demani comunali destinati ad offrire ai non abbienti e specialmente ai lavoratori della terra quelle risorse che altrimenti non potrebbero ottenere, date le condizioni speciali del suolo ed anche data la difficoltà delle comunicazioni con altre zone più o meno remote. L'utilità pubblica è un concetto molto ampio: per aversi un'applicazione più ristretta si sarebbe dovuto piuttosto adottare il criterio della necessità, il quale avrebbe portato seco una maggiore deferenza verso i diritti del proprietario. Ma si osservò in contrario che non si comprende la vera necessità di un pascolo e specialmente di un vano pascolo, *dove gli animali non ricevono alimento e dove*

Digitized by Google

perirebbero se non fossero altrimenti sostenuti (1); senza contare che la legge parla di reciprocità di pascoli e non di reciprocità di vani pascoli nè di veri e pingui pascoli o pasture vive, e parlando di pascoli certamente non lascia in modo alcuno l'adito a supporre che da quelli gli animali non ricevano gli alimenti e che vi si trovino e vi siano lasciati soltanto a titolo di dimora (poichè per la dimora semplice degli animali domestici vi sono le stalle con tuttociò che vi è annesso e connesso). Conviene riconoscerlo apertamente: come il legislatore ha accordato l'espropriazione forzata a causa di pubblica utilità, così (e a maggior ragione) egli ha accordato il pascolo su terreni altrui in forma di reciprocità, per ragione di utilità pubblica; essendo questa una semplice limitazione all'esercizio della proprietà altrui e non già una soppressione od eliminazione della proprietà medesima. Sarà certamente meno grave autorizzare un diritto frazionario della proprietà, che non un diritto di espropriazione vera e propria: e, però, se per l'espropriazione si cede tanto all'interesse pubblico da riconoscerlo per una semplice utilità, molto più si dovrà cedere all'interesse pubblico per il caso di reciprocità dei pascoli. Ma, appunto, poichè oltre l'utilità non si può andare a favore dell'utente, e d'altra parte non si può menomare il diritto di proprietà che per una ragione assolutamente seria, il Codice ha richiesto un *grave* ed *evidente motivo* non di utilità particolare, ma di utilità generale, ossia di utilità che si ripercuota su tutta una popolazione o sull'insieme degli abitanti di un Comune o frazione di esso o della sua popolazione agricola o pastorale. E quì conviene osservare che, parlandosi di utilità generale (generale non è universale), non s'intende già che l'utilità sia estesa od estensibile a tutti gli abitanti del territorio, nè che si estenda ad essi direttamente o nella stessa misura, ma s'intende che oltrepassi il campo delle utilità particolari di questo o quell'utente o cittadino od anche di più utenti o cittadini separatamente considerati senza riguardo al vin-

(1) Borsari, *Commentario al Codice civile*, vol. II, § 1407. Nelle enormi estensioni di terreno quasi abbandonato, dove i pascoli crescono artificiali, è quasi assurdo il supporre che le gregge non trovino nutrimento.

Digitized by Google

colo comune che unisce *iure civico* gli abitanti di una medesima città o di un medesimo territorio e senza neppure considerare o tener conto di un'apprezzabile ripercussione indiretta dell'interesse di alcuno sull'interesse generale della cittadinanza o della popolazione rurale o borghigiana o della frazione determinata. Quando il motivo di utilità generale sia grave, non si può senz'altro determinare *a priori*, dovendosi piuttosto aver riguardo al caso speciale e cioè esaminare la specie caso per caso; soltanto si potranno fare quelle esemplificazioni che sono suggerite dalla pratica dei casi più frequenti a verificarsi. Trattandosi di territori montuosi, non sempre vi è da scegliere il metodo di accesso o la strada: le vie sono scarse e quelle che vi sono si presentano malagevoli. Talora la vicinanza, talora la via di comunicazione può richiedere la reciprocità di taluni pascoli e non di altri, meno agevoli o meno vicini e talora anche meno lontani, a seconda della combinazione di questi vari requisiti e a seconda che la combinazione stessa si presenta più proficua o più rispondente per tutti i reciprocisti alla legge del minimo mezzo, dalla quale non conviene allontanarsi mai in materia di limitazione del diritto di proprietà. Grave motivo di reciprocità potrebbe essere che i fondi si trovino tutti in una medesima zona di territorio destinato a pascolo e che il pascolo sia per qualità talmente diversa che le rotazioni tra i vari fondi, e quindi tra i vari pascoli, importino questo scambio di usi coordinatamente collo scambio di attitudini e di coltivazioni dei fondi stessi. D'altra parte il grave motivo di utilità si trova facilmente, quando vi è implicato l'interesse pubblico o l'interesse generale: e questo interesse apparisce evidente, allorchè la collettività a voce quasi unanime lo reclami e specialmente qualora gli stessi proprietari invochino quella reciprocità contro una sola voce dissidente, mentre ad essi non dovrebbe recar troppo piacere questo vincolo di pascolo che li obbliga a ricettare nel proprio fondo il gregge altrui e ad esporsi in quel fondo a tutti gli inconvenienti che derivano dall'obbligo di tenerlo aperto. L'interesse generale non si finge nè si crea: esso risulta dalle circostanze di fatto e si può constatare anche in senso negativo, nel senso cioè di vedere a quali inconvenienti si esporrebbero i recipro-

Digitized by Google

cisti, se la reciprocità fosse tolta; e tanto più è generale l'interesse, quante più sono le persone che di questo interesse partecipano e vi partecipano non già per esercitare un diritto che aggiunga un di più qualsiasi al loro patrimonio, ma per integrare la loro stessa attività patrimoniale nel bisogno che stringe tutti. L'utilità dunque dev'essere evidente come utilità e come utilità generale: dev'esser tale che non solo l'attestino le Autorità municipali, ma anche la voce pubblica generale del paese e la memoria degli anziani e la dichiarazione degli agricoltori e di tutte le persone pratiche in materia agricola e di pascolo. Questa evidenza non è soltanto un elemento di opinione nei comunisti o frazionisti o abitanti del territorio, ma è anche qualche cosa di obbiettivo e di corrispondente allo stato dei fatti, come accade nelle servitù apparenti: e ciò non già perchè, oltre l'apertura dei fondi, vi siano altri segni fissi o vi siano dei manufatti stabili e permanenti, ma perchè quotidianamente si vegga gregge estraneo penetrare nei fondi stessi ed esercitarvi il pascolo, entrarvi prima della pastura ed uscirne finita la pastura, allorchè cominciano ad addensarsi le ombre della notte. Le persone del luogo poi conoscono anche individualmente i pastori o conduttori del gregge e persino (quasi diremmo) i cani che accompagnano il gregge stesso; e veggono inoltre da qual parte questo viene e per qual parte procede, il percorso che compie e la quantità dei capi che lo costituiscono e molte volte anche la loro ripartizione numerica per sessi. Una certa notorietà quindi non può evitarsi in queste faccende del pascolo sul terreno altrui, nè si può pretendere che l'introduzione e l'uscita del bestiame si facciano alla chetichella e quasi di soppiatto, come avviene quando non la coscienza di un proprio diritto ma il concetto della frode guida i passi dell'uomo. Del resto, trattandosi di numerosi capi di bestiame, la frode non sarebbe neanche ammissibile e si dovrebbe necessariamente dar corpo alle proprie pretese e procurare ad esse una sanzione giuridica e una forma legale, più o meno confortata da una causa o da un titolo o dalla stessa lunga consuetudine od osservanza perenne. Questa procedura tutta o la procedura che si coordina a questo scopo non può non presentare traccie visibili a tutti

Digitized by Google

i vicini o a tutti i passanti. Ma perchè la legge ha parlato di utilità e di utilità generale evidente? Non poteva forse limitarsi ad accennare semplicemente al concetto generale dell'apparenza? Il legislatore ha voluto prendere l'evidenza di fatto che il dato pascolo esiste e che esso è di utilità generale: constatato del resto che l'utilità generale è evidente, non può escludersi l'evidenza della cosa in sè stessa, ossia del pascolo; poichè, se il pascolo non fosse evidente come fatto reale, sarebbe inutile parlare di evidenza della sua utilità e della sua utilità generale. Dalla evidenza del fatto, che consiste nel pascolo e nella sua reciprocità, si passa all'evidenza dell'utilità del pascolo stesso e della reciprocità di esso attraverso ad un giudizio, ad un'opinione di chi osserva e giudica: ma appunto è frutto dell'evidenza stessa che l'osservatore non possa giudicare diversamente, e non possa dire (a mo' d'esempio) nè che l'utilità non esista, nè che l'utilità sia circoscritta ad un campo particolare, nè si ripercuota su tutta una popolazione. Per giungere a questa conclusione vi sarebbe d'uopo di un'inchiesta, se si trattasse di un estraneo che fosse mandato nel paese per accertare lo stato delle cose, o se si trattasse dell'Autorità giudiziaria chiamata a portarne giudizio: ma, fino a che si tratta di gente del paese, la notorietà del fatto è immancabile e costituisce la maggiore garanzia e la migliore giustificazione di una tale utilità, e della generalità di essa; all'una e all'altra delle quali rende ormai omaggio nelle abitudini della sua vita tutta quanta la popolazione stabilita in quel territorio. D'ordinario, si tratta di popolazioni le quali vivono principalmente e quasi esclusivamente di pastorizia: talchè gli stessi proprietari delle terre sentono l'influenza di queste generali condizioni economiche e subiscono l'influenza dell'ambiente e del territorio stesso, inadatto ad altra utilizzazione che quella non sia per la pastorizia. Ma che ragione vi è, si dice, per stabilire o mantenere la reciprocità del pascolo, dal momento che ogni fondo è destinato al pascolo, ed in questo trova le migliori, se non le uniche, condizioni per la utilizzazione sua? E se vi è un residuo o detrito storico in queste reciprocanze, non si potrebbe esso sopprimere od abolire, lasciando che ciascun proprietario pascoli esclusivamente nel proprio fondo, e nel

Digitized by Google

caso che i propri pascoli non bastino, si provveda costituendo una servitù di pascolo sui fondi vicini? A noi sembra che sostituire l'isolamento là dove per tradizione storica risulta l'esistenza di una specie di cooperazione o di consociazione di più o molte persone per un intento unico, sia una soluzione poco consona alle tendenze moderne, le quali invece tendono alla consacrazione ed anzi all'adozione del sistema degli sforzi collettivi. Oltre a ciò questa promiscuità, che si verifica ordinariamente in territori confinanti e compresi entro una zona unica di territorio è adatta assai meglio della servitù a soddisfare certi bisogni generali senza complicazioni di controlli e senza eccesso di restrizioni. Nella reciprocità infatti importa il numero complessivo dei capi che pascolano nei fondi, od appezzamenti aperti alla reciprocità: non importa che i capi dell'un proprietario pascolino piuttosto in uno che in altro appezzamento, piuttosto in una quantità minore che in una quantità maggiore: l'essenziale è che, nel complesso, ve ne sia per tutti, indistintamente e quasi promiscuamente, senza scarsezza e senza sopraffazioni. Del resto, anche la reciprocità richiede il suo regolamento o può averlo, come pure può farne a meno, finchè la consuetudine del buon accordo non sia interrotta o contrastata da atti emulativi o da dispetti di taluno degli utenti contro gli altri. Quando un reciprocista trova il regolamento consuetudinario non più confacente ai suoi interessi, denuncia il proprio recesso dalla reciprocità; a meno che l'utilità generale guidata da un grave ed evidente motivo non si sovrapponga al suo privato interesse e gli inibisca di violare l'interesse di tutti gli altri reciprocisti oppure di sostituire a questo l'interesse proprio. Gli altri reciprocisti, se si ammettesse il recesso di quest'unico contro l'interesse generale, colla loro persistenza nello stato di reciprocità proverebbero ben chiaramente che l'interesse generale resta sempre per la reciprocità del pascolo: ma d'altra parte non può escludersi che la persistenza dei più sia conciliabile col ritiro dell'uno o dei meno, perchè in tale ipotesi non si potrebbe parlare più di recesso e questo non dovrebbe essere ammesso a tutela degli interessi isolati, nè potrebbe essere indipendente dal beneplacito degli altri reciprocisti. La risoluzione

Digitized by Google

della reciprocità, anche per uno dei reciprocisti, non dovrebbe nè potrebbe farsi allora che sotto forma contrattuale: mentre l'art. 682 del Codice civile appunto ha posto in essere un istituto autonomo del recesso per garantire esclusivamente l'interesse di ciascuno dei reciprocisti verso gli interessi degli altri, fino al punto consentito dall'utilità generale evidente. L'esperienza del resto ha consigliato di non ricorrere, per quanto si voglia aver riguardo all'utilità generale, a misure di sistemazione o di abolizione coattive, come si è pensato di fare per gli usi civici: e se si lascia ai privati la cura di rimanere giudici dei propri interessi, gli inconvenienti maggiori saranno eliminati e saranno realizzati i maggiori vantaggi, col sistemarsi pian piano di tutta quanta la situazione. Laonde spesso suol dirsi, anche in materia di posizioni giuridiche, che queste tendono ad accomodarsi e a tornare a posto da sè stesse, senza bisogno della sovrapposizione di un altro precetto legislativo che quello non sia di dar riconoscimento e sanzione alla volontà delle parti stesse, nella loro sovrana determinazione e nel loro giudizio insindacabile sulla materia del proprio interesse: che se il decorso del tempo ha mantenuto immemorabilmente tale o tal'altro stato di cose, questo è segno che lo stato così a lungo durato, per il solo fatto della sua durata, ha dato prova e affidamento di resistenza e perciò di bontà. Ciò deve dirsi soprattutto in ordine degli usi promiscui e reciproci, durati da tempo che non si saprebbe determinare, tanto esso è remoto; e mantenuti attraverso vicende svariatissime e molteplici d'ogni specie, a trasformazioni le più inaspettate nel campo della rotazione agricola, a cambiamenti frequenti di destinazione, a trasmissioni di territori per atto tra vivi o per causa di morte, a variazioni d'ogni specie nel possesso di quei beni e nell'utilizzazione di essi.

S'intende, e noi non intendiamo metterlo in dubbio, che questo sistema della reciprocità dei pascoli riveli un certo stato di abbandono dei fondi sui quali i pascoli stessi si esercitano: poichè, se non altro, l'apertura dei fondi dimostra che non vi è molto bisogno di custodia e che non si tratta di coltura intensiva. I terreni si direbbero quasi di nessuno, se (forse unica nota di variazione sulla natura selvaggia del

Digitized by Google

luogo) non apparisse quà e là un caprone o un cavallo, una pecora o un bue, un pastore o un cane da pastore. E, nella vasta distesa che rassomiglia il mare, il diritto impera solo in circostanze eccezionali di conflitti tra utenti o di limitazioni di confini o di cambiamento di affittuari: in tutti i giorni della triste vita quotidiana d'inverno o delle riarse ore della canicola la vita si svolge in silenzio e in silenzio si maturano gli abusi della prescrizione acquisitiva tra il rumore d'un mucchio di erbe rosicchiate e le voci animalesche dei pascolanti; quasi occorresse ancora una volta provare che dove scarseggia la consociazione scarseggia naturalmente anche il diritto e la tutela giuridica.

Quando un proprietario ha intenzione di ridurre una sua terra, adibita a reciprocità di pascolo, a coltivazione intensiva, non fa altro che recedere dalla reciprocità e notificare nelle forme legali il suo recesso: decorso quindi il termine di un anno, egli non fa che chiudere il suo fondo e attuare quelle innovazioni che ritiene utili per esso allo scopo di renderlo più produttivo per sè e di sottrarlo magari ad un deperimento progressivo. Ora l'interesse di bonificare un fondo è più che mai lodevole, conferisce agli interessi dello Stato e del Comune, alla ricchezza pubblica e privata; dimostra una certa nobiltà di carattere e lo slancio dell'iniziativa privata. Meriterebbe quindi un premio dai pubblici poteri, se le leggi avessero istituiti di tali premi: e, in mancanza di premi, merita di sicuro la più ampia protezione, allorchè si tratta di accordargli la facoltà del recesso, anche perchè lo svincolo della proprietà dai pesi che la diminuiscono e la inceppano comincia già a diventare di per sè un motivo di pubblico interesse e di pubblica utilità. Se ci volessimo spingere molto oltre, non però al difuori dei limiti del ragionevole, potremmo anche ammettere in simili casi una specie di presunzione *iuris tantum*, risultante dal complesso delle nostre disposizioni legislative, a favore della facoltà incontrastata di recesso: ma questa presunzione è anche, praticamente, poco utile e poco concludente di fronte alla facoltà espressamente accordata dal Codice.

Ma, quando vi è un interesse generale, grave ed evidente per le sue ragioni e perciò di attualità pratica, che superi

Digitized by Google

queste, diremo così, ragioni teoriche e che sono destinate per avere effetto a scadenza non tanto prossima da potersi confrontare coll'attualità presente; e queste ragioni d'interesse generale premono fortemente sull'ambiente e meritano a loro volta una considerazione speciale dei poteri pubblici, il recesso si arresta, o, piuttosto, la reciprocità resiste alla dichiarazione di recederne, per quanto legalmente manifestata. Si tratta di limitare la libertà del proprietario e però il Codice procede con molte cautele e non ammette un leggero motivo di utilità. Un motivo di tale specie equivarrebbe, nel caso speciale, alla completa mancanza di ogni motivo, all'assenza di una ragione plausibile per circoscrivere la libertà dei privati. Esaminate le circostanze di fatto, si rifiuta al proprietario la facoltà del recesso: e, finchè queste circostanze permangono, il rifiuto è inesorabile, non piega; il proprietario può insistere quanto vuole nelle sue dichiarazioni di recesso, poichè dovrà vedersi contrapporre sempre lo stesso rifiuto. D'altra parte è pur vero che la reciprocità dei pascoli, oggidì, vuol considerarsi come un impegno più serio che in altri tempi, in cui sapeva troppo di feudalismo o di soperchieria.

La lunga osservanza, anche senza valore di prescrizione, e lo svolgimento dei diritti civici attraverso alle migliori libertà che formano la conquista dell'epoca moderna; e talora anche la stipulazione contrattuale hanno dato a tali pascoli reciproci un carattere giuridico che sta tra il diritto pubblico ed il privato, ma da entrambi ad un tempo attinge le ragioni di una vitalità migliore e più rigogliosa che per il passato, combinandosi altresì colle ragioni della economia pubblica e privata. Sarà un residuo di altri tempi, questo della reciprocità dei pascoli, ma è un residuo migliorato, ricomposto, riordinato; la sua posizione è come se si trattasse di un diritto nuovo sorto ora alla storia della vita: non più vana pastura, non più stampata di precario e d'instabile, ma passata nella vita delle popolazioni rurali attraverso una lunga e proficua osservanza, che ne permise l'esperimento pratico e l'attuazione normale. E perciò non si può a cuor leggiero ammettere il recesso, sol perchè è stato nelle forme debite notificato al Comune e pubblicato nell'albo

Digitized by Google

pretorio del Comune stesso, conviene fermarsi ad esaminare il caso con tutti gli elementi di fatto che al caso stesso si riferiscono. È d'uopo vedere se e fino a che punto questa reciprocità abbia messo radice nell'ordine di fatto, come e se pacificamente attraverso ai tempi abbia vissuto la sua vita, in quale stato sia giunta sino al tempo presente, quale atteggiamento abbia assunto e quale configurazione pratica presenti nel suo stato attuale e nella vita di quella determinata popolazione. Stabilito questo, viene il momento di passare dal fatto al diritto attraverso a tutto quanto uno studio in materia di convenienza e di opportunità. I seniori del luogo potranno dare a questo riguardo molti lumi: ma, per quanto voglia concedersi alla pubblica opinione, nella maggior parte dei casi non è da sperare che l'opinione di costoro sia tanto serena e spassionata, quanto sarebbe a desiderarsi tenuto conto della gravità dell'argomento e della molteplicità dei suoi aspetti. Anche gli archivi comunali potranno in taluni luoghi essere utilmente compulsati, ed anche gli archivi storici delle case o famiglie private che ne abbiano, non certo improvvisati nè destituiti di una sufficiente autenticità: e ciò tenendo sempre conto della buona fede che deve governare questi come gli altri istituti giuridici consimili e tutti in generale gli istituti del diritto, tenendo conto di ciò che rappresenta uno stato pacifico e indiscusso nella vita di quella data popolazione.

Ma chi potrà opporsi alla dichiarazione di recesso della reciprocità e chi dovrà dar giudizio su questa opposizione? Potrà opporsi chiunque ha interesse a conservare la reciprocità del pascolo, ossia, evidentemente, i reciprocisti, ai quali senza dubbio porta danno che uno o taluno di essi si rimuova o si sottragga alla reciprocità, specialmente se il recedente è proprietario di una superficie considerevole di terreno adibita già al servizio reciproco. L'opposizione sarà motivata su quei motivi gravi ed evidenti che giustificano l'utilità generale attraverso le utilità singole e avrà quell'effetto e quel corso procedurale che hanno tutte le opposizioni alle pretese altrui. Ma, poichè si tratta di utilità generale, potrà forse escludersi che la rappresentanza municipale, nella sua qualità d'interprete e tutrice dei bisogni del

Digitized by Google

municipio, intervenga essa per fare opposizione al recesso? Sembra che ragionevolmente non si possa giungere fino a questo punto; tanto più che nella procedura della notificazione e della pubblicazione dell'atto di recesso all'albo pretorio, il Comune, a quanto si è visto, ci entra pure per qualche cosa. Del resto, anche senza di ciò, il concetto di utilità generale involve la competenza dell'Autorità comunale, la quale per suo stesso istituto non d'altro certamente deve occuparsi se non di una tale utilità, così perchè sia raggiunta, come (e tanto più) perchè non sia violata. Del resto, l'Autorità comunale è la prima ad aver conoscenza di una tale dichiarazione di recesso; a meno che la pubblicazione non avvenga quasi automaticamente per cura del personale di servizio, appena effettuata la notifica, senza che l'ufficio comunale vi abbia prima posto gli occhi sopra. Ed essendo la prima ad aver cognizione di questi atti di recesso, l'Autorità comunale può fare brevissimamente un'istruttoria sommaria innanzi di pubblicare l'atto all'albo pretorio: e può continuare più profondamente e più accuratamente tali ricerche dopo, anche durante la pubblicazione e a pubblicazione avvenuta. Poichè senza dubbio, quale che sia l'opinione dell'Autorità comunale sul recesso stesso sotto il punto di vista della utilità generale, essa deve dar corso senz'altro alla procedura prescritta dalla legge e quindi non può esimersi dall'obbligo della pubblicazione all'albo pretorio, non potendo essa essere ad un tempo giudice e parte, tutrice degli interessi dei più e fustigatrice dell'interesse dei meno. Anche se la legge non dicesse espressamente quale sia l'Autorità competente a pronunciare su queste opposizioni al recesso dalla promiscuità dei pascoli e quale Autorità sia competente a prendere in esame l'utilità generale e a decidere sulle diverse allegazioni o pretese di chi indica l'interesse generale nella conservazione della reciprocità e di chi non lo trova violato nella soppressione della reciprocità di fronte ad uno dei reciprocisti recedenti: certamente, anche se nulla fosse detto, competente sarebbe sempre l'Autorità giudiziaria. E, perchè sia messa in moto la competenza dell'Autorità giudiziaria e sia provocato il giudizio del magistrato ordinario, conviene senza dubbio che una delle parti

Digitized by Google

prenda l'iniziativa dell'azione, ossia spinga una qualsiasi citazione verso un'altra parte, la quale abbia un interesse od una pretesa opposta alla sua.

Or dunque come si stabilirà questa situazione giudiziaria, come e tra chi s'impianterà, e con qual principio, la controversia sull'ammissibilità o meno del recesso dalla reciprocità dei pascoli? Il Codice dichiara competente il tribunale civile in caso che sorga una controversia: e cioè, esplicando il concetto, nel caso che qualche reciprocista o il Comune stesso si opponga alla procedura del recesso e si richiami a quelle ragioni di grave ed evidente utilità generale, alle quali allude il Codice, facendo notificare al recedente opportuno atto di citazione a comparire dinanzi al tribunale civile territorialmente competente. Il tribunale civile può provvedere sia decidendo definitivamente senz'altro, come ordinando una maggiore istruttoria con riserva di decidere in seguito, dopo accertate con esattezza le condizioni di fatto e le consuetudini delle popolazioni locali, ed anche dopo aver nominato un perito ed avere acquisito agli atti le risultanze della perizia. Evidentemente, il tribunale non deve seguire una procedura speciale, ma applica le disposizioni del Codice comune e ordinario di procedura, con tutte le riforme posteriori d'indole generale, come se si trattasse di un'altra qualsiasi controversia; coi mezzi di prova ordinari, col metodo ordinario di contestazione della lite e via dicendo. Evidentemente, la sentenza del tribunale civile sarà passibile di tutti i reclami e ricorsi concessi in regola generale, e così dell'appello, della cassazione, della revocazione, dell'opposizione; poichè non vi sarebbe ragione di escludere nella nostra ipotesi l'applicazione dei rimedi generali, senza alcuna variazione su quanto è stabilito e si osserva per ogni altra controversia. Però, leggendo l'art. 682 del Codice, sorge una difficoltà. Dopo aver detto che sulle controversie provvede il tribunale civile, l'articolo suddetto aggiunge che *in verun caso la facoltà del recesso può essere* (così si legge) *contraddetta, se non per un grave ed evidente motivo*, ecc.; e questo inciso attacca con un *ma* alla prima parte del capoverso che stabilisce la competenza del tribunale civile.

Digitized by Google

Ora, certamente il legislatore non ha saputo esprimere adeguatamente e neppure mediocremente il suo pensiero. Questo divieto di contraddizione alla facoltà del recesso si sovrappone alla competenza e al giudizio del tribunale civile che abbia negato il recesso a cuor leggiero, e crea forse a tal riguardo una competenza aggiuntiva e finale; oppure è stato posto per prescrivere al tribunale civile una norma o criterio obbligatorio di giudizio? Questa seconda è la soluzione più ragionevole e l'unica possibile e ammissibile sotto il punto di vista logico; ma allora perchè il legislatore non si è espresso più chiaramente, gettando via quell'ingiustificabile *ma* e sostituendo a tutto l'inciso che vi sussegue qualche cosa come quest'altra espressione: *il quale* (tribunale civile) non *può in verun caso escludere la facoltà del recesso, se non per un grave ed evidente motivo*, ecc.? Forse la lingua italiana non offre risorse di stile e varietà di parole sufficienti per esprimere nettamente tutte le idee ed anche questa idea che il legislatore doveva avere in mente senza dubbio, non essendo ammissibile che intendesse dire altro? Il giudice dunque deve uniformarsi a questo rigoroso criterio a lui prescritto dal legislatore: e, se non lo fa, evidentemente il suo giudizio resta inficiato e attaccabile coi rimedi ordinari e straordinari consentiti dalla procedura. Il Codice del resto non prescrive tassativamente che sulla denuncia del recesso debba pronunziarsi il Consiglio comunale nè prima nè dopo la pubblicazione del recesso stesso nell'albo: se l'amministrazione comunale intende di richiamarvi sopra l'attenzione del Consiglio, può farlo benissimo, ma ciò non è punto prescritto. Anzi la stessa amministrazione farà molto bene ad astenersi dall'intervento diretto mediante l'azione giudiziaria, lasciando il còmpito di sperimentare una tale azione agli altri reciprocisti, i quali vi hanno interesse immediato e diretto e quindi sono anche più al caso di corroborare la loro opposizione con saldi argomenti. Del resto fu deciso che, se anche le bestie paghino la cosiddetta tassa di fida per pascolare, costituita e mantenuta da antico tempo in una somma sempre eguale, questa circostanza non osti punto alla facoltà del recesso dalla reciprocità del pascolo: quando, s'intende, non si tratti di servitù legalmente acqui-

Digitized by Google

sita di pascolo, ma si tratti invece di una vera e propria reciprocità come scambio delle utilità del pascolo da proprietario a proprietario.

In sostanza, allorchè il pascolo si presenta come residuo *pro indiviso* di una comunione che per tutto il resto delle utilità si ridusse allo stato di divisione (*pro diviso*), l'utilità pubblica non si contrappone all'interesse privato in altro modo, fuorchè coll'intervento dei più naturali e più vivaci rappresentanti di questa utilità generale, ossia di coloro che in sè stessi richiamano e specializzano questa utilità generale indeterminata e complessiva. Nei luoghi dove oggi esistono quelle promettenti associazioni quasi corporative, che si chiamano università agrarie, non sarebbe fuor di proposito provocarne e sentirne il parere in materia e a riguardo del recesso dalla reciprocità del pascolo; ma, la legge non rendendo obbligatorio un tal parere, non resta che alle rappresentanze comunali di ricorrervi per completare ed anche per illuminare il loro giudizio. Sta bene che le associazioni degli agricoltori non siano considerate come le associazioni dei pastori nè vi corrispondano o in sè tengano rinchiusa qualche conformazione d'interessi agricoli; ma l'interesse della pastorizia non può mai considerarsi come separato e distinto da quello dell'agricoltura, quando pure non fosse corretto di considerarvelo come assorbito, perchè, in sostanza, quanto si toglie alla pastorizia (specialmente poi trattandosi di pascoli naturali), tanto si ridona all'agricoltura, e per dare qualche cosa di più o di nuovo alla pastorizia conviene appunto toglierlo all'agricoltura medesima. Del resto, il pastore, più o meno, è sempre a contatto coll'agricoltore e questi due lavoratori esplicano sempre entrambi la loro attività in rapporto alla terra; permodochè non possono mai considerarsi estranei tra di loro. Laonde dovrebbe essere facile venire tra di essi ad un'intesa, e quasi ad un compromesso: d'altra parte associazioni di pastori ordinariamente non esistono neppure là dove la pastorizia costituisce la prima od una delle prime risorse del paese. Oggidì non abbiamo più i popoli pastori nè le tribù dedite alla pastorizia: oggi l'agricoltura viene assorbendo, anche industrialmente considerata, tutta quanta l'utilità produttiva della

Digitized by Google

terra; e, se la terra è ingrata al badile e alla zappa (ma solo in questo caso e quasi a titolo di rifiuto), essa è concessa dall'agricoltore al pastore che cerca di chiedere alla terra stessa ciò che la terra può dare, in contemplazione delle sue speciali condizioni di luogo e di composizione chimica. L'agricoltore, in una parola, trae dalla terra l'utilità massima; il pastore si contenta di trarne l'utilità minima; l'agricoltore fa riscontro al diritto pieno del proprietario, mentre il pastore fa riscontro e può paragonarsi ad un timido spigolatore della produttività della terra. La proverbiale modestia e semplicità della vita pastorale non portano confronto colla coscienza che il proprietario agricoltore ha sempre avuto del proprio diritto sulla terra sulla quale spande il suo sudore per mettere a profitto le energie che la natura vi ha tesaurizzato e che sono inesauribili; come inesauribile è il suolo dalla superficie alla profondità e come il suolo stesso è abbondante e superfluo quasi in tutti gli Stati anche sotto il punto di vista della superficie, tenendo conto delle immense risorse e dell'immenso lavoro che richiede una coltivazione sempre più intensiva. D'altro canto, le industrie manifatturiere richiamano a torme i lavoratori dalle città e dalle stesse campagne; talchè è poco probabile che un giorno si abbia a lamentare scarsezza di territorio intensivamente coltivabile: e però le energie della terra sono relativamente inesauribili anche per estensione superficiaria e perciò rappresentano per l'agricoltore una fonte di vita nella vita stessa dei vegetali e nella forza alimentatrice della terra stessa.

I terreni dunque non sono fatti per il pascolo, di regola almeno; essi sono fatti per la coltivazione intensiva, e sotto il punto di vista economico-sociale, vi ha più diritto e più interesse l'agricoltore che non il pastore: l'agricoltore che semina e vede crescere le piante e le biade; che si considera quasi come immedesimato nel fondo da lui coltivato; che è danneggiato più del pastore dalle intemperie e dai disastri tutti della natura; che spesso si sente proprietario o possessore o legittimo e quasi naturale rappresentante così dell'uno come dell'altro di essi. Ed è pure da considerarsi che il lavoro dell'agricoltore è molto più difficile e richiede

Digitized by Google

un maggior numero di cognizioni del lavoro del pastore: e perciò merita maggior premio, ha diritto a maggiore considerazione, a maggiore retribuzione. Il lavoro dell'agricoltore è il tipo del lavoro manuale, per la sua svariata e molteplice attività, e perchè, come notammo, si trova direttamente a contatto colle forze della natura e della vita più rudimentale, qual'è quella dei vegetali, ma pur distinta non meno della umana per sviluppo di organi e di funzioni, per vigore di conservazione e di riproduzione, per scambio di prodotti organici e di cellule vitali. È a notarsi altresì che questi reciprocisti del pascolo sono ad un tempo i proprietari delle terre sulle quali la reciprocità del pascolo è stabilita: e che perciò di fronte ad essi sarebbe poco meno di un assurdo il creare o l'alimentare una qualsiasi forma di contrasto tra la pastorizia e l'agricoltura, tanto essi sono al caso di contemperare, non già di contrapporre, i due interessi o le due categorie d'interessi apparentemente contrapposti tra di loro. Ciò non toglie però che si possa anche ammettere che la reciprocità del pascolo prenda corpo sotto forma consorziale, e cioè che possano costituirsi dei consorzi di pastori, destinati appunto a regolare una simile reciprocità: nè la legge li proibisce, nè il legislatore può considerarli con occhio sfavorevole. La diversità tra la forma di comunione, quale risulta dalla reciprocità del pascolo, e la forma di consorzio che si potrebbe dare alla reciprocità stessa del pascolo consisterebbe in ciò, che il proprietario consorziato si troverebbe quasi più spontaneamente padrone dei suoi interessi, senza il ricordo e l'impressione continua di un residuo della comunione antica del suolo o dell'unica proprietà indivisa di questo: talchè anche un simile stato di reciprocità consorziale potrebbe sembrare destinato ad una durata meno lunga e con maggiore facilità revocabile per cedere il posto ad un assetto diverso della utilizzazione del suolo stesso.

Nel consorzio il carattere contrattuale avrebbe predominio, mentre nella reciprocità predominerebbe il concetto della proprietà: nel consorzio ci si avvicinerebbe assai più, anche sotto il punto di vista della forma, all'interesse e alla utilità sociale o collettiva: e però vi sarebbe maggior campo

Digitized by Google

di ricorrere anche alla sistemazione regolamentare. Una università di pastori non farebbe difetto, e anzi potrebbe produrre una specie di rimodernamento nella pastorizia, riducendola ad una vera e propria industria, da completarsi e da perfezionarsi anche colla manifattura dei prodotti: talchè, dove la pastorizia è molto praticata, dovrebbe essere interesse dei pastori stessi di unire in un solo fascio collettivo i singoli loro sforzi individuali. Ed allora, da enti o associazioni o collettività così evolute si potrebbe regolare con criteri più moderni il sistema stesso della reciprocità dei pascoli: sistema, che, a vero dire, porta troppo con sè l'impressione dello stato antico delle terre, perchè si possa accettare con tranquillità come rispondente all'utilità pubblica. E ciò senza il dubbio che all'utilità generale, considerata e interpretata sotto un punto di vista superficiale e di prima impressione, possa contrapporsi un'utilità più generale ancora, una serie di considerazioni più vaste e che, in seguito a più matura riflessione, meritino accoglimento più che le altre ragioni le quali militano a favore della reciprocità. Devesi poi anche notare che, nel riordinamento della proprietà collettiva, non poco peso è destinata ad avere la reciprocità dei pascoli, considerata appunto per la generalità degli interessi ai quali provvede: e che, se si potesse raccogliere sotto una sola forma di sistemazione tutta quanta la materia che concerne il pascolo, sia come servitù, che come uso civico, o come reciprocità di diritti da proprietario a proprietario, si potrebbe sempre nutrire maggior fiducia non solo nella durata della sistemazione stessa, ma anche nel raggiungimento di una considerevole economia di forze giuridiche e di forze patrimoniali.

87. L'art. 682 Cod. civ. accenna ad una competenza discrezionale del tribunale civile. L'esperienza insegna a procedere assai prudentemente, quando si tratta di poteri discrezionali, acciocchè il potere discrezionale non leda la legge. Quando la legge non determina direttamente al giudice una linea di condotta, il giudice può col suo arbitrio facilmente violarne, se non la lettera, lo spirito: quando la latitudine accordata dalla legge è considerevole, facilmente si alimenta l'arbitrio

Digitized by Google

di chi è chiamato ad applicarla. Dice il Codice che *il tribunale, ammettendo il recesso, ne regolerà nel tempo stesso il modo e gli effetti; avuto specialmente riguardo alla qualità e quantità del terreno sottratto all'uso comune.* Dunque il recesso può aver luogo con modalità diverse e portar seco la ripercussione di una tale diversità. Quanti siano i modi del recesso, non è facile così *a priori* determinare; e neppure è facile determinare quali siano essi: vediamo se è possibile procedere per via di esempi. Il recesso può avvenire bruscamente quanto a tutti i reciprocisti contro i quali esso è diretto, oppure solo gradatamente prima contro alcuni e dopo contro altri di essi, in guisa che gli interessati abbiano a provvedersi mano mano senza soverchio sforzo e senza grave loro iattura. Quale debba essere il primo e quali gli altri reciprocisti di fronte ai quali debba esser valido il recesso, a seconda delle circostanze speciali in cui ciascuno si trova e della varietà degli interessi loro, spetta appunto al tribunale civile decidere per ogni caso specifico. In sostanza però può il giudice, colle modalità che impone, accorciare a danno o allungare a beneficio dei reciprocisti il termine di un anno fissato dall'art. 682 perchè il recesso abbia effetto dall'epoca della denunzia e sua notificazione all'amministrazione comunale? Il termine di un anno è dato pel recesso e alla sua scadenza il rinunziante (dice il Codice) perde il diritto di pascolo nell'altrui fondo: veramente non dice che alla scadenza di questo termine gli altri reciprocisti perdano il diritto del pascolo sul fondo il cui proprietario recedette dalla reciprocità. Ma, siccome tutto questo sistema della reciprocità dei pascoli è stabilito in modo che, cessando uno di prestare il pascolo agli altri, anche gli altri cessino di prestarlo a lui, è evidente che la legge, considerando la situazione sotto il punto di vista dell'uso accordato al recedente per determinare che questo cessi dopo l'anno dalla denuncia del recesso debitamente notificata e pubblicata, non intende con ciò lasciare intatta la facoltà di uso reciproco dei non recedenti. Ora, certamente, non si può spostare il termine per i reciprocisti e lasciarlo intatto per il recedente, a favore o a danno degli uni e dell'altro soltanto: lo spostamento deve essere tale che sia sempre mantenuta la ragione del corri-

Digitized by Google

spettivo e non si turbi la equa distribuzione dei vantaggi e degli oneri tra le parti, anche spostando o comunque modificando l'anteriore piano delle utenze. Dunque le modalità prefisse e che il magistrato può prefiggere debbono essere tali da non ledere il concetto della giustizia distributiva, il principio dell'equità in atto. Seguendo questi principî di equità, si potrà forse limitare il recesso ad una sola parte del fondo del recedente, lasciando la parte rimanente sotto il dominio del vincolo, anche senza aver constatato l'esistenza di quelle tali cause determinate di utilità generale che la legge riconosce? Certamente che no: la facoltà del recesso del reciprocista non può essere limitata superficiariamente in nome di uno o più interessi particolari che non costituiscono l'utilità generale, perchè questo equivarrebbe a snaturare il concetto del legislatore e a scindere in due il concetto unico e la posizione unica della reciprocità dei pascoli. Cosa che è assurda e da condannarsi ad ogni modo, siccome quella che oblitererebbe e snaturerebbe il concetto di reciprocità che è la piattaforma di questi rapporti e la base di fatto del loro modo di essere. Resta dunque stabilito che da una parte e dall'altra l'uso deve cessare contemporaneamente; perchè questo è inevitabile per la natura del rapporto giuridico: soltanto questa cessazione può essere graduale, sempre però in modo che l'attuazione cominci dopo l'anno dalla notificazione e dalla pubblicazione del recesso. Poichè, là dove la legge dice che la denuncia può avere per effetto la perdita totale o parziale (proporzionale) del diritto di pascolo, implicitamente riconosce che possa un tal diritto non perdersi per intiero: e a maggior ragione che possa perdersi gradatamente, terminando col perdersi per intiero oltre l'anno destinato all'inizio dell'esecuzione. La graduale soppressione di quest'uso reciproco rende certamente meno sensibile la soppressione del regime della reciprocità e può anche combinarsi colla stagione più propizia per la cessazione di quel determinato pascolo, secondochè esso è estivo o iemale, secondochè vi è maggiore o minore urgenza di supplirlo, secondochè le difficoltà stesse della liquidazione dello stato attuale sono maggiori o minori. Poichè le difficoltà per la soppressione dei pascoli reciproci non sempre sono minori

Digitized by Google

delle difficoltà per la soppressione degli usi civici: e anche qui conviene tener conto dell'eventuale fermento delle popolazioni e della loro più o meno disagiata condizione economica, malgrado la proprietà delle terre sulle quali vige la reciprocità del pascolo e per la necessità che appunto queste popolazioni hanno di trasformare le loro terre ad un genere di utilizzazione più remunerativo, mediante una coltura intensiva. Questa coltura è, del resto, favorita anche evidentemente dalle condizioni dell'epoca moderna, la quale tende al massimo sviluppo delle forze produttive dei fondi, per mezzo di un sistema agricolo razionale e diretto dai progressi della scienza. Sotto questo punto di vista, non sembra da consigliarsi la trasformazione del sistema della reciprocità del pascolo in sistema di servitù di pascolo tra le stesse persone, tra le quali la reciprocità medesima era stabilita: poichè, in sostanza, il metodo di coltivazione e la destinazione dei fondi è presso a poco la stessa, e solo varia la forma o la costruzione del rapporto giuridico, in modo da rispondere a qualche altro punto di vista senza però cambiare il vero contenuto dell'ente e la sua finalità pratica ed economica. La coltura o si fa intensivamente ed allora non vi è posto per il pascolo, veramente; o non si fa intensiva o si trascura o non si cura affatto, ed allora vi è più o meno posto per il pascolo stesso: non vale trasformare il sistema di reciprocità in sistema di servitù o di uso civico. La conclusione è sempre una e si tratta sempre di pascolare su terreno altrui, d'invadere l'altrui proprietà, di fare atto od esercizio di un diritto frazionario della proprietà, di una utilità economica che si distacca dalla produttività naturale del fondo.

Una modalità per la cessazione della reciprocità del pascolo sarebbe la surrogazione di altro fondo per i bisogni della reciprocanza a quel fondo che s'intende garantito dal recesso: e ciò sia d'accordo tra tutti i reciprocisti, come per intesa speciale e contratto tra il recedente e gli altri che restano nello stato di reciprocità: dappoichè, lungi dall'essere vietata, la sostituzione di un fondo all'altro, per mantenere salde le basi dell'uso generale reciproco è cosa ottima quando non sia conveniente far cessare anche parzialmente

Digitized by Google

lo stato di reciprocità. Tra le altre, si potrebbe anche dare che il proprietario onerato della reciprocità del pascolo, sostituisse al fondo precedentemente vincolato non un fondo altrui, ma un fondo proprio diverso dal primo ed egualmente rispondente ai bisogni della reciprocità: e questo è anche un modo di recedere dalla reciprocità senza ledere l'interesse generale. Il recesso può esso essere parziale e limitato, nel senso che taluno receda dalla reciprocità soltanto per quella quantità di gregge la quale ecceda su di una data misura antecedentemente fissata? Veramente, qui si tratterebbe piuttosto di riduzione nella reciprocità dei pascoli anzichè di vero e proprio recesso dalla reciprocità stessa. Dappoichè il recesso è una misura tanto intenzionale, che difficilmente può ridursi ad un temperamento parziale, ad un timido lesinare su taluni capi di più o taluni capi di meno; dal momento che ad ogni modo il fondo deve restare aperto agli altri reciprocisti, sia pure per un gregge più piccolo. L'Autorità giudiziaria ha per sua attribuzione di regolare il modo di cessazione della reciprocità, sia in seguito ad istanza delle parti interessate, come a mezzo di provvedimento d'ufficio: poichè il Codice a questo riguardo non fa alcuna distinzione. Ma potrebbe dirsi che, avendo indicato espressamente senz'altro la competenza del tribunale civile, il Codice abbia voluto lasciare tutta la materia in balìa del diritto giudiziario ordinario: e che, come per diritto ordinario, il giudice non pronunzia fuorchè a domanda di parte, così anche in queste contestazioni sulla reciprocità dei pascoli egli non possa pronunziare se non per via della stessa procedura, ossia ad istanza delle parti interessate. Ma, sotto un altro punto di vista, è da notare che appunto l'aver voluto richiamare espressamente questa attribuzione del giudice, mentre non ve n'era bisogno se si fosse dovuto stare alla procedura ordinaria nella quale la parte (anzi essa sola) promuove l'intervento del giudice per i singoli provvedimenti che si credono del caso, significa aver voluto disciplinare la materia in un modo tutto speciale e diverso dall'ordinario. Così anche in altri casi si attribuisce all'iniziativa e discrezione del giudice una qualche facoltà indipendente dall'istanza delle parti e del tutto autonoma; allora il giudice si mantiene *quasi in*

Digitized by Google

una sfera economica o sindacatoria e diventa perciò quasi giudice dell'opportunità. Siamo d'accordo che questo è un potere pericoloso di molti abusi e che le più volte non corrisponde nè alle attitudini nè alle abitudini del giudice. Ma per quei casi il legislatore, non potendo emanare disposizioni speciali che contemplassero tutte le ipotesi, neppure quelle più frequenti a verificarsi, ha voluto naturalmente, piuttostochè lasciare in abbandono e senza freno di sorta questa ipotesi, lasciare al discernimento del giudice di provvedere anche con sua iniziativa, ed anche nel silenzio delle parti interessate, alla reciprocità del pascolo. E il giudice, come nel caso delle controversie sugli usi civici, potrà anche assumere veste di liquidatore, di amministratore; potrà egli certamente, se non risolvere tutta ad un tratto la sistemazione della reciprocanza dei pascoli con un disegno generale, uniformarsi per lo meno ad un disegno generale, di cui la liquidazione che ha per le mani può far parte, come può far parte qualsiasi altra controversia del genere che in seguito potrà presentarsi per lo stesso territorio. Il giudice, che sa come per l'avvenire egli stesso potrà essere competente per una controversia sulla stessa reciprocità che in seguito potrà essere risoluta anche di fronte ad altri reciprocisti, non farà male a formarsi un'opinione fino dal primo caso che gli si presenta. Questa sua opinione sarà coordinata ad un piano generale, che non attuerà sul momento, ma che avrà contribuito a stabilire risolvendo quel determinato caso che gli è capitato tra le mani. E il giudice di ciò dovrà accorgersi, se avrà coscienza della sua condotta e della sua competenza, se non dell'importanza, del ministero proprio.

Allorchè al giudice si presenta la questione, sia pure modestamente e in un caso per sè stesso di limitata importanza, egli deve pur comprendere che, decidendo quel caso speciale e di così poco momento, impegna tuttavia la sua azione per l'avvenire e compromette la risoluzione di casi che presentano un ben maggiore rilievo e che in seguito possono cadere in controversia e terminare sotto il suo giudizio. Ora egli è obbligato a non contraddirsi e quindi gli corre obbligo preciso di esaminare bene sotto tutti gli aspetti la questione della reciprocità, tenuto conto di tutti i reciprocisti

Digitized by Google

e della loro rispettiva posizione nell'insieme dei pascoli reciproci. Che cosa sia e che cosa potrebbe essere una sistemazione fatta di conguagli, di compensi, di sostituzioni, di riduzioni, di modalità e di adattamenti non si può vedere se non dopo attuato l'intiero piano di condotta; si può prevedere sin dal principio: e sin dal principio si può misurare la situazione e l'esposizione di ciascuno dei reciprocisti, considerandoli come partecipi di un nuovo piano patrimoniale che il giudice per proprio conto può essersi fissato nella sua mente come linea di condotta da seguire per il momento e per l'avvenire. Gli abolizionisti dei vincoli della proprietà, i modernisti teorici, e (direi quasi) i giacobini del diritto saranno certamente per l'abolizione del vincolo di reciprocità in ogni caso, e non si troveranno mai persuasi di un'utilità generale che si contrapponga alla domanda di recesso: e per questa stessa ragione saranno pronti a respingere ogni modalità del recesso stesso che ne diminuisca la forza o la portata. Per costoro, la disposizione ristrettiva del recesso è come non esistesse nella legge che regola la reciprocità: essi sono più rigorosi ancora dei più rigorosi fautori della proprietà libera, ma a questo modo essi invadono, pur senza accorgersene, le funzioni del legislatore, il quale ha proprio voluto aprire una breccia sul concetto della inviolabilità del diritto del proprietario e non si è preoccupato se non dell'interesse generale, quando questo si opponga agli interessi del recesso o agli intendimenti del recedente. Le modalità del recesso, dice il Codice, sono regolate dal giudice, *avuto specialmente riguardo alla qualità e quantità del terreno sottratto all'uso comune.* Per la qualità del terreno sottratto all'uso comune, al recesso si potrà talora aggiungere il modo di aspettare il prossimo raccolto o prodotto, perchè gli altri reciprocisti non abbiano di tratto a trovarsi impaniati: per la quantità del terreno stesso, certamente rapportata al fabbisogno del diverso gregge di tutti i reciprocisti, si può tener conto (anzi si deve) del minor fabbisogno proveniente dalla eliminazione dai pascoli del gregge del reciprocista recedente. E si possono anche ridurre gli altri reciprocisti alla massima economia di consumo e alla più stretta osservanza del puro necessario, allo scopo di evitare quello sperpero

Digitized by Google

che in pratica non di rado si avvera per il pascolo su terreni aperti alla reciprocità degli utenti. Insomma, allorchè il giudice si trova investito della vertenza, egli deve aver presente tutta quanta la sistemazione e deve spingere la sua vista e la sua preveggenza su tutta quanta la materia di quel determinato pascolo, in quella determinata località, con quel determinato scopo. Le vicende diverse del pascolo reciproco, in quanto si connettono o si possono connettere a diverse domande di recesso, debbono tutte convergere in un piano unico di sistemazione: certi problemi impellenti e urgentissimi dell'epoca moderna non possono essere trascurati neppure quando si tratta di una modesta controversia, la quale si presenti sotto la veste del diritto privato in una contestazione dove a tutta prima, per il modo come la lite è impostata, non sembra far capolino il diritto pubblico. Nella considerazione pertanto delle modalità da imporsi al recesso il magistrato non deve provvedere soltanto all'interesse privato, ma anche a questo interesse pubblico di cui si parla a proposito d'una sistemazione generale del pascolo; e se le modalità che si affacciano per la sistemazione sotto il punto di vista del diritto privato cozzano colle modalità che si adatterebbero piuttosto al diritto pubblico, evidentemente è d'uopo dare la preferenza a queste ultime, dopo aver tentato con ogni sforzo, ma inutilmente, una conciliazione tra le due categorie d'interessi. Se, per esempio, nello stesso territorio, è in corso la sistemazione degli usi civici di pascolo o della proprietà collettiva, si può rimandare la sistemazione del pascolo reciproco, anche di fronte al recesso di uno solo tra i reciprocisti, fino a quando sarà definitivamente provveduto a queste materie connesse; e rinviare quindi la deliberazione ed il provvedimento del magistrato, sia d'ufficio come per domanda di parte, fino a che saranno risolute le altre controversie o le altre posizioni che dir si voglia? Si può in questo senso pronunciare dal magistrato una decisione interlocutoria sotto colore di regolare il modo del recesso? Si osservi che il Codice dà facoltà al giudice di regolare il modo del recesso, nell'atto di ammetterlo (*ammettendolo*, dice il testo); ma evidentemente, nel caso che il recesso non sia dal giudice ammesso, egli non ha facoltà di prescri-

Digitized by Google

vere alcuna modalità, perchè la modalità non affetterebbe il recesso, ma soltanto servirebbe per guidare l'istruttoria e terminare coll'accordare il recesso o col respingerlo per quel grave ed evidente motivo di utilità generale, al quale il Codice stesso si riferisce. Or questo non vuole la legge, la quale parla di modalità del fatto del recesso; nè potrebbe parlare di altri modi o modalità, per la ragione semplicissima che le regole o le fasi della procedura non sono modalità, nè si possono considerare come tali neppure in una materia, nella quale fa capolino l'ordine o l'interesse pubblico. Il giudice può rinviare o cancellare dal ruolo le cause soltanto se le parti lo chieggono; ma evidentemente l'attore, piuttostochè vedersi respinta *allo stato degli atti* la sua domanda di recesso, non avrà difficoltà di farsi egli stesso promotore di un tal rinvio o di una tale cancellazione nel suo stesso interesse. Così, se la sistemazione degli usi civici o della proprietà collettiva porterà una quantità di pascoli che possa bastare anche al fabbisogno dei proprietari reciprocisti, evidentemente non vi è più ragione per mantenere o conservare una tale reciprocità, la quale, a nostro modo di vedere, dovrebbe essere l'ultimo dei mezzi adoperati per provvedere al bisogno generale del pascolo in quel dato centro agricolo o rurale dove si tratta di dare assetto definitivo a questa umilissima forma di esistenza, quale è il provento della pastorizia. E che sia l'ultimo dei mezzi da adoperarsi a tal'uopo facilmente si può dedurre dalla circostanza che questi pascoli si scambiano tra persone dotate di una certa relativa agiatezza, ossia tra i proprietari dei fondi sottoposti al vincolo della reciprocità: mentre certamente la maggioranza dei pastori sarà di persone le quali non posseggono altro che il gregge e non sono iscritte affatto nel censo fondiario. A questi proletari della pastorizia, che possono tuttavia essere proprietari o socci delle gregge, conviene avere riguardo in primo luogo e di preferenza sugli altri: quando si fosse provveduto ad essi, si potrebbe dire di aver già fatto molto, di essersi avviati anche verso una certa soluzione della questione pastorale, considerata come una branca della questione sociale. La soluzione della questione della pastorizia rispetto ai proprietari potrebbe poi venire di conseguenza e quasi come

Digitized by Google

corollario, il cui coordinamento col suo teorema di premessa sia evidente e quasi fatale, tenuta presente l'unità che deve presiedere alla sistemazione complessiva di questi interessi, i quali in fondo si possono concentrare in un interesse solo, per quanto si presentino sotto forme svariate di esplicazione pratica a seconda dei luoghi e degli istituti che nei vari luoghi si trovano in vigore a questo riguardo.

In ordine alla quantità del terreno sottratto all'uso comune per causa del recesso, il modo che può essere determinato dal giudice può intendersi nel senso di una diminuzione graduale della reciprocità stessa: e già abbiamo fatto comprendere come questa soluzione possa corrispondere all'intento di far sì che i reciprocisti colpiti dal recesso possano provvedersi in tempo. Al quale scopo fu istituito appunto il termine di un anno tra la notificazione o pubblicazione del recesso stesso e la perdita effettiva del pascolo reciproco: ma questo termine può talora non essere sufficiente in vista delle speciali condizioni dei luoghi, ed allora può allungarsi sotto forma di apposizione di modalità al fatto del recesso, anche in aggiunta al termine di un anno normalmente fissato per dar respiro agli interessati in senso contrario. Non può però il giudice affrettare il momento della liberazione di un fondo dalla reciprocità del pascolo: poichè, tanto equivarrebbe a frustrare il termine stabilito nello stesso art. 682 e dare al giudice o riconoscere ad esso la facoltà di violare la legge. Più difficile è spiegare ancora come il tribunale civile possa regolare gli effetti del recesso, una volta questo ammesso. Quali siano gli effetti del recesso, è presto detto: essi si concentrano tutti nella effettiva e finale cessazione della reciprocità del pascolo. Poichè, a tutta prima, non si comprende quale altro effetto possa avere un recesso dalla reciprocità del pascolo, una volta che il recesso stesso sia stato ammesso dal tribunale civile; che se il recesso stesso è respinto, l'effetto della reiezione della relativa domanda è che la reciprocità del pascolo continua. Gli effetti del recesso dunque si concentrano in un effetto solo: la cessazione della reciprocità del pascolo. Ma questa cessazione può avvenire in più di un modo, e però si possono avere negli effetti stessi talune modalità anzichè altre modalità. E, per

Digitized by Google

esempio, si può stabilire che la cessazione del pascolo avvenga dapprima soltanto di fronte ad alcuno dei reciprocisti e poi di fronte agli altri reciprocisti, perchè questi ultimi non abbiano i mezzi di provvedere così sollecitamente ai surrogati del pascolo, la cui reciprocità sia venuta o stia per venir meno. E così alla cessazione della reciprocità da una parte può non corrispondere in rapporto di perfetta contemporaneità la cessazione del pascolo reciproco dall'altra parte: e ciò per le ragioni generali e speciali della difficoltà di trovare i surrogati al pascolo cessante. Con questo sistema di alterare alquanto le regole e le basi del recesso normale, negli effetti suoi, si può creare per taluni reciprocisti una posizione più favorevole che per gli altri reciprocisti: ed in questa ipotesi, per ristabilire l'equilibrio tra i reciprocisti tutti è necessario ricorrere al sistema dei conguagli o dei compensi pecuniari, che il giudice determinerà mettendo a prova il suo buon senso e il suo senso di equità distributiva. Veramente il Codice si tiene molto, forse troppo, in termini generali, e non accenna affatto, mentre invece vi ha provveduto la legge abolitiva delle servitù di pascolo nelle vecchie provincie, neppure al conguaglio o al compenso sotto forma di cessione territoriale. Ma il giudice ha facoltà di regolare le modalità del recesso, anche se queste modalità si spingano molto davvicino a quelle delle divisioni di patrimoni comuni; perchè, in sostanza, nella sistemazione della reciprocità dei pascoli si producono degli effetti e si stabilisce una posizione assai prossima a quella che risulta per la divisione di cosa comune. La reciprocità infatti si può presentare sotto due figure: o nella figura di uso dipendente da una servitù reciproca degli uni sugli altri utilisti, o nella figura di regolamento di una comproprietà parziale tra reciprocisti anzi di una comproprietà che assorbisce la massima parte dell'attività o produttività economica dei loro rispettivi fondi. Nel primo caso, ossia costruendo il rapporto come servitù reciproca degli uni sugli altri, in caso di abolizione non vi sarebbe nulla da dividere tra chi esercita la servitù e il proprietario del fondo sul quale la servitù stessa si esercita; ma si applicherebbero le regole dell'affrancazione e della liquidazione contenute nelle sopraddette disposizioni abolitive.

Digitized by Google

Però, costruendosi il rapporto di reciprocità come una sistemazione di comproprietà, si avrebbe la figura della proprietà comune e indivisa come diritto, particolare e *pro diviso* sotto il punto di vista dell'esercizio del diritto. Per conciliare il diritto col suo esercizio ed evitare tra l'uno e l'altro una contraddizione pratica, è d'uopo stabilire appunto delle regole per la reciproca utenza; regole che presuppongono la reciprocità dell'esercizio prima, e poi richiedono disposizioni legali o regolamentari, ovvero disposizioni contrattuali trà le parti, per manifestazione di volontà espressa o più spesso per tacita osservanza caduta nel dominio della consuetudine e della prescrizione. Vero è che l'art. 682, nel presupporre l'esistenza della reciprocità dei pascoli in taluni territori, non accenna punto a regolamenti che esistano per l'esercizio di tali reciprocità nei territori stessi: ma la reciprocità per sè stessa è un regolamento pratico di una comunione teorica di pascolo, poichè essa non attiene tanto alla costruzione teorica del diritto o figura giuridica, quanto alla modalità del suo esercizio o pratica attuazione. Quì una divisione sarebbe inutile e quasi dannosa nel senso che, separando nettamente i territori e chiudendoli, tutti i reciprocisti, qual più qual meno, si troverebbero a disagio: laonde, nel decorso dei secoli e dei tempi, l'interesse reciproco ha suggerito a tutti gli utenti del pascolo la forma della reciprocità, e su questa soluzione degli interessati il legislatore non trova nè può trovare nulla a ridire, accettando la posizione concreta come un fatto compiuto e irrevocabile. E perciò, avendo preferito la reciprocità dell'uso alla piena comunione o alla servitù di pascolo, gli utenti hanno fatto comprendere come fosse per essi conveniente regolare l'uso della servitù sotto la forma di reciprocità anzichè sotto una forma diversa, che si è ritenuta meno conveniente di quella adottata. E così hanno sostanzialmente regolato i loro rapporti quanto alla forma e configurazione giuridica, pur lasciando intatta e intangibile la sostanza del diritto il cui esercizio si è voluto regolare anche spingendosi nel campo delle costruzioni giuridiche. Regolamento d'uso dunque vi è e scaturisce dal fatto della reciprocità del pascolo, che le parti hanno trascinato attraverso ad una serie ininterrotta di anni con una perti-

Digitized by Google

nacia di accordo tacito ed unanime, che solo cede oggi di fronte al recesso di uno dei reciprocisti per ragioni d'interesse particolare, dei quali egli solo è giudice. Gli effetti dunque del recesso possono anche essere quelli di passare dal regolamento tradizionale e consuetudinario delle utenze ad un nuovo regolamento delle utenze stesse: si può stabilire anche, quanto al reciprocista recedente, una nuova reciprocità su basi diverse: poichè si dice recesso da quella data reciprocità e non da ogni reciprocità in senso assoluto e generale. Se la parte ha dichiarato di recedere dalla reciprocità, il tribunale può dunque cambiare le basi della reciprocità stessa del pascolo e ritenere di essere e rimanere così nei limiti delle facoltà accordatele dalla legge? La questione è, più di quanto si creda, difficile a sciogliersi.

L'art. 682 del Codice parla di proprietario reciprocista del pascolo, il quale denunzi il proprio recesso dal pascolo stesso nelle debite forme; e dispone che il tribunale civile, *ammettendo il recesso*, possa anche regolarne gli effetti: perciò dimostra essere suo divisamento che il tribunale possa ammettere il domandato recesso, pur limitandone gli effetti. Laonde anche qui, come per il modo, il tribunale civile non può regolare gli effetti del recesso, se prima, esplicitamente od implicitamente, non l'abbia ammesso così com'è stato domandato, con quel contenuto, con quella portata come è stato chiesto. E quale può essere il contenuto di una domanda di recesso? Lo dice il Codice stesso, allorchè accenna a proprietario reciprocista, il quale voglia recedere in tutto od in parte dalla comunione del pascolo. Dunque la domanda di recesso non può essere circostanziata che per l'estensione del territorio che s'intende sottrarre alla reciprocità: altra variante nel contenuto della domanda di recesso non è ammissibile, perchè altrimenti non si tratterebbe più di una domanda di recesso, ma di qualche altra domanda attinente a modificazione delle basi attuali della reciprocità del pascolo. Recesso è figura recisa e netta come l'espressione che la designa: recesso è allontanamento totale dallo stato di reciprocità, sia pure territorialmente limitato quanto all'estensione del contenuto del diritto, ma non sottoposto ad altre restrizioni o ad altre configurazioni vincolato o ri-

Digitized by Google

connesso. Sostituire ad una reciprocità un'altra reciprocità sopra basi diverse non è la stessa cosa che ammettere il recesso dallo stato di reciprocità: sono due cose perfettamente diverse. Il legislatore non ha contemplato l'ipotesi della sostituzione di uno ad altro sistema di reciprocità, ma soltanto l'ipotesi del recesso: e perciò non si può introdurre la sostituzione di uno ad altro sistema di reciprocità sotto colore di regolare gli effetti del recesso stesso, perchè soltanto si può pensare dal tribunale a regolare tali effetti, qualora il recesso stesso sia ammesso e nell'atto di ammetterlo. Ma, infine, per ricercare con un po' di pazienza che cosa il legislatore abbia voluto dire, a che cosa abbia voluto alludere parlando di effetti del recesso: forsechè ha inteso che la facoltà del recesso, riconosciuta coll'ammissione della domanda presentata dal reciprocista interessato, possa essere subordinata al corrispettivo pecuniario da corrispondersi agli altri reciprocisti per le lesioni prodotte negli interessi loro? E lasciamo andare la ricerca se questo possa costituire un modo od un effetto del recesso: vediamo soltanto se è possibile e se il tribunale può a questo obbligo o condizione sottoporre il recesso stesso. Da un canto, si può dire che la corresponsione del compenso ai danneggiati dal recesso non esclude il recesso stesso, anzi lo presuppone e lo conferma; dall'altro si può osservare che questa corresponsione pecuniaria, quasi come compenso di una reciprocità mancata, molte volte avrà per effetto di rendere inaccessibile o poco conveniente al recedente il recesso stesso, o di trasformare in un'affrancazione l'indole ben diversa del recesso. Del resto, il legislatore ha manifestato interamente e chiaramente il suo concetto di volere che si tenesse rigorosamente fermo il sistema della reciprocità: e quindi alla cessazione parziale o totale della reciprocità da una parte ha voluto far corrispondere la cessazione parziale o totale della reciprocità stessa dall'altra parte. E ciò non ammettendo e anzi respingendo ogni altra forma di corrispettivo, perchè appunto la reciprocità stessa è rivelazione di un corrispettivo limitato e invariabile, e quasi rivelazione di un virtuale concentramento, che deriva per logica argomentazione dalla condotta stessa delle parti, le quali ebbero in animo di circoscrivere i propri rapporti proprio in

Digitized by Google

quella maniera determinata e di escludere ogni rapporto sostitutivo o compensativo che non fosse sulla base del pascolo reciproco. La esclusione dei surrogati, d'altro canto, rende il rapporto più spiccato e più netto, quantunque, per così dire, meno trattabile, meno malleabile; ma non può dirsi con questo che si tratti di un rapporto ibrido, di un rapporto eccessivamente ed abusivamente rigido. Nessuno difatti pone in dubbio la convenienza di tale rapporto di reciprocità; tutti sono in grado di valutarne così gli effetti normali come gli effetti anormali, di misurare l'estensione dell'impegno che le parti hanno inteso contrarre e le sue conseguenze pratiche, ovvie e prevedibili. Gli effetti della reciprocità sono nella reciprocità stessa, nel contenuto di essa e non dilagano in una sfera estranea od esterna alla reciprocità medesima; e per la stessa ragione il recesso dalla reciprocità non può produrre effetto che nell'àmbito della reciprocità stessa, nel contenuto del pascolo sottoposto alla reciprocità, e non altrimenti. È una figura di diritti e di esercizio di diritti tanto reale e tanto inerente al territorio o territori sui quali il pascolo si esplica, che esso non può modificarsi se non conservandone o diminuendone il contenuto territoriale in rapporto col contenuto qualitativo. Gli effetti del recesso si esplicano proprio su questo terreno e non altrimenti, e cioè non per via di surrogati, anche se questi rispondessero ad un calcolo adeguato e corrispondente al valore delle variazioni nel contenuto reale del diritto. Or se gli effetti del recesso sono reciproci, e cioè si conservano nei termini della reciprocità, con ciò non si vuol dire che la facoltà accordata dalla legge al magistrato, di regolare cioè gli effetti del recesso, debba palesarsi in ogni caso inutile e praticamente vana. Perchè intanto, prima d'ogni altra cosa, è da notare che i reciprocisti i quali restano nella reciprocità ossia mantengono il vincolo che li unisce e li univa prima col recedente, sono i più, costituiscono la maggioranza degli utenti; e può darsi che i loro bisogni privati di pascolo, colla sanzione della reciprocità la quale è miglior sanzione di ogni violenza esecutiva, s'impongano naturalmente nel nuovo stato di cose per l'aumento dei territori rispettivi da esporsi all'uso del pascolo. Questo bisogno può risultare dalla procedura del recesso di-

Digitized by Google

nanzi al tribunale; ed allora può darsi che il tribunale, tenendo conto del minore aggravio prodotto dalla cessazione che rappresenta una conseguenza del recesso, pensi ad un eventuale aumento della superficie da vincolarsi alle reciprocità, su quegli stessi terreni che rimangono nel vincolo. Questo aumento superficiario, in pratica, non sempre costituisce o può costituire un peggioramento degli oneri del pascolo reciproco tra reciprocisti: perchè, innanzi tutto, conviene osservare che questi fondi aperti vincolati alla reciprocità del pascolo sono a prato naturale e si conservano improduttivi per mancanza di coltivazione intensiva. Perciò, generalmente parlando, è da ritenere che nei casi di pascolo reciproco non faccia difetto il territorio da vincolarsi alla reciprocità, perchè, quel giorno che i terreni stessi si dedicassero a coltura intensiva, cesserebbero i pascoli; e, del resto, un proprietario che intende bonificare il proprio fondo, per poco e gradualmente che faccia, comincierà per lo meno colla coltivazione a grano e quindi frustrerà ogni serio tentativo di pascolo su vasta scala, come generalmente abbisogna per le esigenze della reciprocità tra più proprietari. Quindi è che non grave è l'onere che può derivare da una maggiore estensione del vincolo sul terreno dei reciprocisti, praticamente parlando: e del resto i reciprocisti tutti si trovano alleggeriti dal gregge del recedente o dei recedenti, talchè sotto un certo punto di vista può ritenersi che la diminuzione del territorio corrisponda alla diminuzione del gregge, tanto che l'equilibrio complessivo non ne resti turbato.

Ma questo che si dice per regola generale può anche non corrispondere al caso speciale; perchè appunto alla produzione dell'equilibrio tra i terreni e le gregge, dei vari terreni tra di loro e delle varie gregge tra di loro concorre anche la qualità dei terreni stessi, ossia la qualità dei pascoli, il loro turno o avvicendamento, la posizione in pianura o in monte, quando le due zone si toccano e sono tanto adiacenti da formare quasi un solo ed unico territorio. E difatti non conviene ritenere che qui si tratti di semplici rapporti superficiari, da risolversi colle proporzioni aritmetiche o colle quattro prime operazioni elementari: la posizione è anche qualitativa e risulta dalla varietà dei pascoli combinata colla

Digitized by Google

varietà delle stagioni. Gli effetti del recesso possono dunqu consistere in una specie di spostamento della qualità e quan tità dei pascoli. Ma, se un proprietario reciprocista, nel de mandare il recesso dalla reciprocità, adduce di esser in pre cinto di una trasformazione intensiva nella coltura del su fondo, senza aver neppure dato sino ad ora un principio di esecuzione a questo suo preteso intendimento, può il giudice nell'accordare il recesso, prefiggergli un termine come utile per bonificare il suo fondo o prescrivergli certi determinati bonifici del fondo stesso, per modo che egli non si trovi di aver ottenuto un benefizio con un vano pretesto? Può im porgli a tal'uopo una cauzione o qualsiasi altra cautela che valga ad assicurare l'interesse dell'agricoltura o dell'economia nazionale? Di ciò non si parla nel Codice, e a nostro modo di vedere non è ammissibile che il legislatore abbia voluto spingere sino a questo punto l'arbitrio del giudice, sia pure in conseguenza di opposizioni degli altri reciprocisti di fronte al reciprocista recedente. Perchè questi altri possono ben dire e dimostrare che il reciprocista recedente ha tolto unica mente come pretesto lo scopo del miglioramento e bonifica mento agricolo del proprio territorio, e che in fin dei conti non sia tale il lodevole scopo che lo anima: ma d'altro canto si potrebbe dimostrare loro come ad essi non debba in fondo importare per nulla che il recedente si dedichi o meno ad un tale bonificamento, e che la loro posizione è e rimane tale e quale dopo il recesso, tanto se il recedente bonifica quanto se lascia trascurati e incolti i fondi propri, divenuti liberi dal vincolo della reciprocità. Or dunque, se le parti non hanno interesse a far risultare che esista o non esista un tale scopo, che il recedente vi si uniformi o non vi si uniformi; come può il giudice, tenendo di mira le dichiara zioni che i reciprocisti hanno potuto fare in questo senso, accogliere come deduzione formale una tale argomentazione e decidere in base alla medesima che si aggiunga un onere speciale al recedente? Ma il giudice non può neppure attra verso all'interesse pubblico venire a questa conclusione, perchè, intanto, l'interesse pubblico per la bonificazione dei fondi dei privati, se e quando ne ha, può appellarsi a ben altri mezzi di tutela, quali la legge o il regolamento sulle bonifiche, le

Digitized by Google

leggi forestali e via dicendo. Quanto poi al recedente stesso, una volta svincolato dalla reciprocità il suo fondo, egli è perfettamente libero di disporne come meglio crede ed anche di alienarlo o di sottoporlo comunque ad una utilizzazione diversa dal pascolo, od anche di sottoporlo a pascolo sotto forma di servitù od anche sotto forma di reciprocità, subito o più tardi, cogli stessi o con altri reciprocisti: poichè nessun divieto gli fa la legge di distruggere gli effetti del recesso nè di tornare sull'antica reciprocità modificandone le basi costitutive e il contenuto. Quanto agli effetti del recesso di fronte ai terzi, non si può sapere in cosa mai il recesso possa interessare ai terzi, i quali non vedono nel complesso dei reciprocisti un ente collettivo dotato di personalità giuridica; a terzi i quali non hanno potuto per nulla contrattare col reciprocista come con reciprocista e per conto della reciprocità del pascolo. Questa posizione di reciprocità è destinata a non lasciar traccie al difuori, e del resto è sufficiente a sè stessa e non ha alcuno interesse per aspirare alla costituzione in ente morale autonomo: talchè, se pure non si tratti di interessi conglobati cogli interessi agricoli, non si troverà un potere politico che voglia concedere a questi reciprocisti una rappresentanza propria, quando non riescano a costituirsi sotto forma di consorzio e ad applicarsene le discipline relative.

Digitized by Google

CAPO III.

Altre servitù minori.

88. Diritto di estrarre creta o pietra dal suolo altrui. — 89. Altre servitù e forme di dubbia assimilazione alla servitù prediale. — 90. Se il diritto di caccia costituisca una servitù prediale.

88. Il diritto di estrarre creta o pietra dal suolo altrui sovente passa inosservato agli scrittori e agli studiosi, come tutte le servitù minori relative allo sfruttamento diretto del suolo altrui: eppure la costruzione giuridica delle servitù è qui discutibile, se non si vuol cadere nella spiegazione della comproprietà. Vi sono, è vero, dei fondi totalmente ingrati alla coltivazione vegetale, e dai quali pertanto non si può ricavare praticamente altro profitto se non a mezzo dell'industria estrattiva in genere o mineraria in ispecie; permodochè, economicamente parlando, nulla più resterebbe di utile al proprietario all'infuori della risorsa estrattiva stessa. Se quindi il fondo non è stato alienato da proprietario a proprietario, nè volontariamente nè forzosamente, è pur d'uopo che si trovi una figura giuridica sotto la quale si possa classificare l'estrazione di creta o di pietre. Nè è a dire che la distinzione tra la proprietà del suolo e quella del sottosuolo possa bastare per risparmiarci una configurazione della servitù: perchè ad ogni modo resta stabilito come, anche nel caso speciale, per penetrare nel sottosuolo ed ivi procedere all'estrazione di creta e pietre, conviene pure che l'avente diritto entri nel suolo altrui e violi la proprietà superficiaria degli altri. Se nel sottosuolo si potesse penetrare per una galleria scavata nel fondo vicino, la cosa potrebbe cambiare di aspetto, perchè la superficie del fondo destinato all'estrazione sotterranea rimarrebbe intatta e si ammetterebbe ad un tempo la proprietà del sottosuolo accanto alla proprietà del suolo. Nel caso concreto invece prima di estrarre dal sottosuolo, conviene rompere il suolo; e la rottura stessa del suolo dev'essere permanente finchè si lavori all'estrazione nel sottosuolo, ossia fino a che dura l'estrazione. In Dig. 8, 3,

Digitized by Google

ULPIANO parla dello *ius arenae fodiendae*, che è qualche cosa di simile allo *ius cretae eximendae* e a quello *lapidis eximendi;* e lo dice meglio nella l. 5, § 1, *ibid.*, richiamando l'opinione di NERAZIO. E PAOLO nella l. 6, § 1, *ibid.*, pone una profonda differenza tra l'usufrutto e lo *ius calcis coquendae et lapidis eximendi et arenae fodiendae aedificandi gratia.* Ma ULPIANO stesso in l. 14 (13), Dig. 8, 4, al § 1 dichiara che: *si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est; nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut, si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solarium pro hoc domino praestet; ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei iure domino adimetur.* Dalle parole *ut si quis* o per lo meno dalle altre *non aliter* vi è interpolazione senza dubbio: ma ad ogni modo questo frammento rappresenta lo stato della legislazione giustinianea e merita una grande considerazione per il suo valore teorico, soprattutto. Perciocchè, sotto il punto di vista pratico, si accenna all'eventuale esistenza di una consuetudine (evidentemente locale) di *caedere lapidem ex lapidicinis.* Il frammento non dice altro, nè fa alcun accenno alla produttività dei fondi; ma s'intende che tal consuetudine non avrebbe potuto stabilirsi se non nei fondi inadatti ad un'altra qualsiasi specie di coltivazione rimunerativa e che non avesse avuto d'uopo di straordinarie spese d'impianto. La consuetudine è dunque la promessa di fatto e da essa scaturisce il diritto del *caedere lapidem:* e sin qui può ritenersi che arrivasse la giurisprudenza classica. Ma deve constare *lapidicinas esse* nel fondo sul quale vuole avere effetto la consuetudine: perciò si pretende la preesistente apertura dello scavo; poichè altrimenti il testo non direbbe *lapidicinas esse,* ma *lapides esse.* Quando si vede dunque che il proprietario ha escavato, ognuno può *caedere* per proprio conto in quelle *lapidicinae,* se la consuetudine del luogo è tale: ma, se il proprietario non ha escavato, non vi sono *lapidicinae* o non vi è *lapidicina* (questa è cava di pietra e non semplicemente pietra; l'uso ciceroniano lo insegna) e nessuno quindi ha diritto di chiedere ed ottenere lo

Digitized by Google

ius lapidis eximendi. Ma neppur questo basta, evidentemente, per avere un tal diritto: conviene far precedere il pagamento del *solitum solacium* o *solatium* (da preferirsi al *solarium* della vulgata, non trattandosi del diritto di superficie): termine col quale la grossolana lingua della decadenza designava il piccolo canone pecuniario corrisposto al proprietario per farlo acchetare, per contentarlo, per farlo stare allegro, per consolarlo. Questo canone anticipato era quasi della stessa specie di quello dato dall'utilista al direttario per la ricognizione del dominio: ed è piuttosto per una tale ricognizione anzichè per il valore delle *lapides* estratte; poichè l'esperienza insegna che molte volte il proprietario pagherebbe esso colui il quale si proponesse di mondare ossia liberare il suo fondo dalle pietre che impediscono la formazione dell'*humus* nel proprio fondo. Ma poi è fissata anche la modalità di questo *caedere ex lapidicinis:* una parte delle *lapides* contenute nella *lapidicina* può essere di uso necessario per il padrone del fondo e della cava stessa, e l'uso di questa parte di *lapidicina* non dev'essere danneggiato dall'azione dell'estraneo estrattore. Oltre a tuttociò non può diminuirsi nè intaccarsi al *dominus* la *commoditas rei,* per tutto quanto il resto (s'intende) che non ha attinenza diretta collo sfruttamento delle *lapidicinae,* che oltrepassa il puro necessario dell'uso su di quelle e intacca in genere ed in ispecie il complesso di facoltà che costituiscono il diritto più ampio del proprietario. Ora si domanda se per diritto romano positivo questa figura di godimento delle altrui *lapidicinae* debba considerarsi davvero come una servitù, o come un semplice *ius* non esattamente qualificabile o definibile, nè come servitù personale, nè come servitù reale. Ad esclusione della servitù personale, si nota che non è punto in considerazione di una determinata persona, anzichè di altra persona, che il diritto è dato: il testo dice *si quis* e l'espressione è talmente lata, che ciascuno, vicino o no al fondo, può approfittarne anticipando il canone.

Contro l'obbligazione sta il difetto di una causa tipica per l'obbligazione stessa; e si sa che i Romani originariamente non concepivano una forma di obbligazione, se questa non rispondesse ad un tipo speciale. E allora, che cosa resta di

Digitized by Google

questo *ius* se non una conformazione a tipo di servitù prediale, per quanto vera servitù prediale non sia, non essendovi un fondo dominante? Vi è forse altro modo di classificare questa figura giuridica, conservando integri nella sostanza loro i rapporti di natura personale quali risultano dalla facoltà data a chiunque di valersi delle *lapidicinae?* Si potrebbe asserire che si tratti di una limitazione insita nel diritto di proprietà, come per le servitù prediali: ma qui s'intoppa nella difficoltà che deriva dall'assenza di una causa adatta alla costruzione giuridica. I Romani, col loro concetto che la proprietà del sottosuolo *usque ad inferos* appartiene al proprietario del suolo, certamente non avrebbero potuto ritenere come insita alla proprietà e al concetto di proprietà una limitazione di questa specie per lo sfruttamento delle *lapidicinae* contenute nel fondo proprio. A questa costruzione si ribellerebbe il concetto di diritto assorbente che i Romani avevano riguardo alla proprietà; concetto che per quanto non sia rigorosamente assoluto, pure tuttavia non ammette infiltrazioni che ne intacchino la sostanza. Ben diverso è il concetto di servitù, poichè questa propriamente non altera la compagine del diritto assoluto nè distrugge l'unità *a coelis ad infera* del diritto del proprietario. La difficoltà della costruzione a servitù prediale consiste in ciò, che manca il termine del fondo dominante: perlochè al rigoroso esame giuridico questa non apparisce come una vera servitù da fondo a fondo. Eppure il carattere di rapporto personale è assolutamente escluso e il rapporto reale è confermato dalla sua insistenza sopra un fondo determinato: se pure tra l'uno e l'altro dei due rapporti contrapposti non si ammetta una terza specie o qualità di rapporti che non si possano assimilare nè all'una nè all'altra categoria suddetta. Ma sfidiamo fervida fantasia di giurista a trovare questa terza categoria, che dovrebbe essere troppo ibrida per formar base di una costruzione giuridica che regga ai colpi della critica. I Romani, come potremmo fare noi moderni, non si ponevano neppure il quesito teorico; o almeno a noi non risulta che lo ponessero, in qualche modo, a sè stessi. Si applicavano dunque in ogni caso le regole della servitù prediale, pur senza discutere a fondo se di servitù prediale si trattasse, o

Digitized by Google

se si trattasse piuttosto di una figura molto simile a quella della servitù prediale. Certamente non si può dire che in diritto romano, accanto alla servitù, si trattasse di una quasi servitù; nè che questo diritto di cui si parla fosse un *modus*, una modalità dei possessi come altre specie di limitazioni della proprietà stessa. Questa configurazione resiste alla tecnica del *modus* e fa da sè, ma pur richiede una specie di battesimo, anche mediante assimilazione a qualche configurazione più prossima e più nettamente delineata come tipo giuridico: qui si tratta del tipo della servitù che non ammette confronti o surrogati ma attrae le figure minori, perchè il suo concetto, mentre da un canto è contrapposto, dall'altro canto è integrale del concetto di proprietà, allo stato attuale di fatto e tenendo conto delle circostanze costituenti la forma del godimento. Se la comproprietà non fosse esclusa per il concetto del dominio *a coelis ad infera*, anche l'idea della comproprietà potrebbe ventilarsi seriamente: ed anzi, per vero dire, ci toglierebbe da non pochi impacci e potrebbe darci la chiave di molte posizioni giuridiche un po' scabrose col sistema della servitù.

Difficoltà grandi, del resto, questo sistema non offre; purchè però resti inteso che si tratta di servitù impropria e non di servitù propria, e che perciò non tutte le regole delle servitù possono applicarsi *ad literam*, senza tener conto della diversa configurazione giuridica. E di vero, prima di tutto, dobbiamo considerare che non si tratta di rapporto da fondo a fondo, poichè la terra o pietra che si estrae non dev'essere punto trasportata su di un fondo vicino o su di un fondo qualsiasi, ma va diritta alla destinazione degli acquirenti o alla fabbrica. Oggi, dovendosi risolvere il problema minerario, anche questo problema di estrazione della pietra o della terra potrebbe trovare un'eguale o simile soluzione, informata agli stessi principii; massimamente per la pietra che non è in modo alcuno riducibile ad *humus*, o suscettibile di coltura. Quanto alla creta, come si sa, essa non è del tutto inutile, vuoi sola, vuoi mescolata con altre qualità di terra; e perciò, rigorosamente parlando, per essa dovrebbe adottarsi un sistema diverso: sistema di comproprietà, sistema di alienazione, sistema di affitto od altro più conveniente ad

Digitized by Google

ogni singolo caso pratico. Ritornando al sistema minerario, sono noti universalmente i gravi problemi ad esso connessi e le questioni vivissime e difficili che vi fanno capo, avuto riguardo specialmente alla diversità della legislazione positiva; poichè, mancando oggi una vera legislazione unica per tutto lo Stato e per quanto la legge sarda sia riuscita ad estendersi per altre parti oltre quella di sua provenienza, noi ci dibattiamo tra il sistema che tende ad attribuire la disponibilità delle miniere allo Stato (salvo rimborso dei danni arrecati o che si possano arrecare ai privati) e quello che tende a rispettare più rigorosamente la proprietà dei privati stessi. Generalmente, si accentua oggi l'ingerenza della pubblica amministrazione, e non solo per ragioni di polizia, ma anche per quanto attiene alla proprietà delle miniere stesse ed all'esercizio sulle medesime di diritti patrimoniali. Vi è però una scuola liberale, oggi alquanto in ribasso di fronte all'invadente concetto socialista, la quale vorrebbe diminuire e ridurre considerevolmente l'azione dello Stato a questo riguardo; e questa, si voglia o no, si avvicina molto più delle altre ai concetti di rispetto per il diritto privato e di sana applicazione delle norme tramandateci dall'aurea giurisprudenza di Roma. Delle varie leggi attualmente in vigore a seconda delle varie regioni del nostro Stato, si possono formare tre gruppi: alcune si fondano sul principio della regalia o del diritto feudale, altre sul concetto classico dell'appartenenza delle miniere al proprietario del suolo, ed altre infine al principio industriale di concessione allo scopritore. Ma il principio della regalia praticamente si confonde col principio industriale; perchè anche applicando la legge montanistica austriaca del 1854 nel Veneto, le concessioni si fanno soltanto ai richiedenti che comprovano le condizioni volute nell'interesse generale. Quindi le correnti scientifiche e legislative tuttora in campo a questo riguardo sono due: quella strettamente giuridica, e cioè informata all'art. 440 Codice civ. (che dichiara il proprietario del suolo padrone anche del sottosuolo, senza restrizione di sorta); e quella industrialista, che risale al FERRARA, al BOCCARDO, allo SMITH e a tutta la scuola smithiana, la quale limita al sottosuolo la proprietà del suolo, compatibilmente coll'interesse ed utilità pratica e coll'atti-

Digitized by Google

vità umana. La limitazione si traduce principalmente nell'accordare allo scopritore un diritto (che vorrebbe essere quello di proprietà) sulla miniera scoperta contrapposto a quello della proprietà sul suolo: e qui non vi sarebbe neppure il concetto dell'espropriazione per utilità pubblica, perchè il diritto varrebbe contro il proprietario, anche se questi desse affidamento di rispondere all'interesse pubblico o a quello dello Stato. Ma la scuola industriale nella questione porta l'intonazione prevalente dell'esercizio, in quanto la produzione stessa è pervasa dall'esercizio ed a questo sostanzialmente informata: la qual considerazione può esser vera sotto l'aspetto economico, ma non risolve però il problema giuridico nè toglie di mezzo il problema della costruzione del diritto. Il Codice civile sancisce il principio della proprietà del sottosuolo accordandola al proprietario del suolo, mentre la legge mineraria sarda ritiene la miniera quale una *res nullius:* nel conflitto patente, la legge mineraria che è del 1859, dovrebbe cedere al Codice che è del 1865 e non potrebbe trovare applicazione il principio che *generi per speciem derogatur*. Perciò, stando a rigore dell'interpretazione del Codice, la miniera non potrebbe essere che espropriata, nelle debite forme, per pubblica utilità: nè lo Stato potrebbe arrogarsi diritto di regalia o il privato potrebbe, per attuare un suo piano industriale, esplorare o vuotare il sottosuolo altrui e quivi intraprendere una speculazione, sia pure nel pubblico interesse e con metodi completamente moderni. Il diritto positivo è questo; e, del resto, in pratica, molte volte un proprietario di un fondo sassoso o pietroso se non ha in mente egli stesso una intrapresa industriale, sarà ben lieto che altri voglia assumere la fatica e la spesa dell'estrazione di pietra o di creta dal suo fondo stesso: estrazione, la quale, non essendo ordinariamente molto profonda, permette la ricostituzione dell'*humus* o terra coltivabile, in un avvenire più o meno lontano.

Per la legge sarda la miniera sarebbe quasi una *res nullius* e la scoperta di essa conferirebbe allo scopritore od aventi causa il diritto di proprietà e a chi ne intraprende l'esercizio un diritto di ricerca: la concessione ne è fatta dallo Stato con determinati obblighi al concessionario. Ma,

Digitized by Google

dato pure che queste disposizioni si possano applicare sicuramente in presenza del Codice civile, resta sempre ferma la ricerca se il terreno cretoso o pietroso sia una miniera, e se, essendo una miniera, sia esatto che essa possa scuoprirsi o sia atta allo scuoprimento. Quì è d'uopo osservare che gli strati di pietra o di creta sono ordinariamente visibili alla superficie dei terreni e che quindi non sia il caso di farne scuoprimento nelle zone profonde del sottosuolo: laonde, ben diversamente da quanto avviene per le miniere metallifere, il minerale pietroso o cretoso può dirsi che si scuopra da sè stesso, ossia che da sè stesso manifesti o riveli la propria esistenza. Ogni preferenza od agevolazione accordata ad altri che non sia il proprietario non potrebbe dunque concepirsi come un premio vero e proprio di scoperta, ma bensì come un istigamento all'invasione: questo è evidente. Altri sono gli interessi che la legge sarda stessa sulle miniere si propone di tutelare, anche prescindendo dal cozzo di questa legge col Codice civile. Essa si propone di promuovere lo scoprimento e l'esercizio delle zone metallifere perchè la ricchezza della nazione, sepolta nelle viscere della terra, possa essere convenientemente utilizzata per gli utili fini delle industrie manifatturiere che ridondano a beneficio universale del paese e ad aumento generale della produzione. Grandi mezzi e grandi intraprese occorrono per l'industria mineraria; mentre per l'escavazione della pietra e della creta possono anche bastare dei piccoli mezzi e può essere sufficiente un'azione lenta e limitata a poco lavoro giornaliero, senza porre in opera grandi mezzi. Dunque, a rigore, la finalità della legge mineraria non deve estendersi all'estrazione della pietra. Vuol dire che i privati possono liberamente tra loro pattuire che, per ragioni di vicinanza e quindi per comodità di trasporto e di estrazione, si accordi ad un vicino di far creta o pietra nel fondo dell'altro vicino, o continuamente, o periodicamente, o quando ne abbia bisogno per il suo fondo: un tal patto, quando ricorrano circostanze attinenti al servizio reciproco dei fondi vicini, in ultima analisi può produrre gli effetti propri di una costituzione di servitù, quando pure non si presentasse nella figura di un usufrutto o di una locazione. E di vero

Digitized by Google

può darsi che la pietra o la creta sia indispensabile per uno dei due fondi vicini e che non siavi località più adatta dell'altro fondo confinante per provvedersene in proporzione al bisogno. In questo caso difatti la vicinanza dei fondi è la ragione speciale e la causa del rapporto giuridico di cui si tratta. Vi è però la difficoltà consistente in ciò che l'un fondo non ha interesse ad estrarre creta nel fondo vicino, se non per taluni bisogni transitori e per talune edificazioni o costruzioni da farsi una volta tanto, senza un vero carattere di continuità permanente che possa richiamare alla mente il concetto d'una *causa perpetua*. In tale ipotesi essendo la ragione transitoria, occorrerebbe il consumo o l'uso di una determinata quantità di creta e non di quantità maggiore nè per un tempo illimitato: ed allora si può benissimo concepire l'alienazione di simile materiale al difuori di ogni rapporto prediale sostanziato come servitù. Che se la creta da estrarsi deve servire a scopo industriale, e più specialmente per attivare una fabbrica di stoviglie od oggetti, allora esula ancor più radicalmente ogni concetto di servitù in genere e di servitù prediale in ispecie.

Che dire poi del diritto di estrarre non creta ma pietre? Le pietre o la pietra in generale può essere utile, come il marmo propriamente detto, ad opere di scoltura o di architettura o anche a fabbricazioni o costruzioni prive di ogni pretesa artistica: e allora l'estrazione della pietra stessa o delle diverse specie di marmi assume un'importanza ben diversa da quella che potrebbe avere la semplice estrazione delle pietre, per lo scopo dell'estrazione e per la qualità della materia estratta. Prima di tutto la materia in tal caso ha un valore incontrastabile e pregevole: non si tratta di semplici pietre o selci, ma di marmi e di pietre di lusso, che possono servire così all'edilizia come alla decorazione, così al monumento come all'opera di solidità e di spessore. Questa industria è una vera e propria industria mineraria o a tipo minerario, per quanto gli strati di una tal pietra si rivelino a piccola profondità. Per quanto concerne questi strati pietrosi, l'opera dell'inventore è di poco conto; poiché i vari strati di terreno sovente appariscono alla sezione stessa naturale delle roccie montuose; la parte più rilevante, senza

Digitized by Google

dubbio, è dovuta all'intrapresa, la quale d'ordinario è esercita dal proprietario o a cura e nel nome del proprietario. Questi strati rocciosi possono essere dati a fitto od anche venduti o in qualsiasi modo ceduti dal proprietario del suolo; difficilmente si può concepire che su di essi possa essere costituita una servitù prediale o personale di qualsivoglia specie, poichè non si saprebbe proprio comprendere a qual ragione e per quale scopo si debba stabilire un servigio tra fondi, mentre lo scopo della estrazione non ha punto che fare col servigio dei fondi, ma soltanto riguarda una intrapresa, una edificazione, una costruzione muraria, un'opera di interesse pubblico. Ad ogni modo, come vedere una causa perpetua nello sfruttamento d'una miniera per uno scopo determinato? E, se manca la causa perpetua, manca una delle caratteristiche più notevoli della servitù, una di quelle basi dalle quali non si può in modo alcuno prescindere, allorchè si tratta di tali istituti speciali, quali sono le servitù prediali: per la qual cosa una costruzione a servitù prediale, di regola generale, in tali casi non può essere che difficilissima e oltremodo forzata.

Nel diritto romano, quanto alle semplici pietre, pare che vi fosse una consuetudine: ed a questa accenna ULPIANO in l. 14, § 1, Dig. 8, 4, già richiamata, ed anche la cost. 3, Cod. 11, 6. Qui è detto che vi sono di coloro i quali *laboriosis effusionibus persequuntur saxorum venam per privatorum loca* e si determina quanta parte vada al fisco, quanta al proprietario del fondo e quanta allo scavatore: e nella legge successiva è fatto divieto di far pericolare gli edifizi soprastanti, a causa della ricerca dei marmi. A parte il Codice, il Digesto, per la collocazione dei frammenti, sembrerebbe accennare alla classificazione tra le servitù di questi rapporti di *lapides caedere:* ma questa collocazione può essere dovuta soltanto ad una speciale affinità tra questa configurazione e la figura generica delle servitù, per cui i compilatori giustinianei non abbiano potuto o saputo trovare sede più acconcia per la collocazione del frammento. Del resto, fu bene osservato che il detto frammento di ULPIANO non accenna ad alcun rimedio procedurale per il caso che il proprietario del fondo rifiuti all'estraneo la facoltà dell'escava-

Digitized by Google

zione: nè vi è altro frammento che si preoccupi di questa procedura.

Del resto, non si può neanche trattare di servitù personale, perchè questa dev'essere data soltanto a favore di determinate persone; non si può neanche trattare di un rapporto di obbligazione, perchè manca una qualsiasi *causa obligationis*. Nè si dava *actio in rem scripta*, ma forse un'*extraordinaria cognitio* d'indole specialmente amministrativa. Ora nel diritto moderno non si accenna neppure lontanamente ad una costruzione della *servitus lapidis eximendi* o *effodiendorum saxorum*: mentre, per di più, la l. 3, § 2, Dig. 8, 3, in materia di servitù rustiche, porta la conferma di ULPIANO sulla dottrina di NERAZIO, che, nel caso di prossimità di fondi, il vicino avente diritto all'estrazione della *lapidicinae* possa anche, in mancanza di spazio, acquistare il diritto di rotolare le pietre scavate per il fondo nel quale l'escavazione avvenne e di lasciarvele anche giacenti. Questo era uno *ius* classificato tra le *servitutes praediorum rusticorum*: il che prova quanto i Romani procedessero in forma approssimativa nelle categorie dei diritti e quanto facilmente essi ricorressero a criteri di assimilazione, a questo e ad altri riguardi. Tuttociò e l'avere persino provveduto al rotolio e al deposito delle *lapides effossae* fa pensare alla servitù. Se questo rotolio o deposito è una servitù, dessa rappresenta la conseguenza del diritto di estrarre pietre: ma, poichè un tale diritto servitù non è, non può essere servitù neanche il deposito o il rotolio di cui si tratta e che si fonde in unità d'azione e in contesto inscindibile, tanto che l'uno deve partecipare della natura dell'altro. Del resto, sarebbe strano il chiamare diritto diverso dalla servitù quello consistente nell'estrazione delle pietre o dei marmi e chiamare servitù il diritto di tener depositate le pietre e i marmi estratti ovvero di rotolarli attraverso al territorio adiacente al luogo della estrazione: sotto colore che la situazione dei luoghi richieda un tal deposito od un tale rotolamento dappresso alla zona di estrazione o nelle immediate adiacenze di questa zona. Se l'estrazione delle pietre fosse a titolo di fitto o di cessione, anche a titolo di fitto o di cessione, rispettivamente, dovrebbe intendersi l'uso del terreno che si occupasse pel deposito o pel rotolamento del

Digitized by Google

materiale estratto: questo s'intende da sè, poichè il deposito o il rotolamento non servono che a completare il lavoro di estrazione e di utilizzazione del materiale di cui si tratta.

In diritto romano appunto la consuetudine aveva stabilito quasi una servitù *iure vicinitatis* per l'estrazione di questo materiale pietroso tra vicini; ed allora per la stessa ragione doveva intendersi quasi come diritto di servitù questo uso accessorio del terreno prossimo alla cava delle pietre. Oggi, nel nostro diritto e per le nostre consuetudini, non vi è questa facoltà *lapidis caedendi* nel fondo del vicino: conviene ottenere il permesso del proprietario per entrare nel suo fondo ed estrarne sia pure un materiale di nessun valore, anzi dannoso alla produttività del suolo e alla formazione dell'*humus*, qual'è la pietra. Questo permesso sarà accordato di buon grado, forse anche con vero entusiasmo; ma in ogni caso è d'uopo ottenerlo o anticipatamente o sotto forma di tolleranza contemporanea e a titolo precario, poichè non vi è consuetudine che possa valere contro la volontà, presunta o reale, espressa o tacita, del proprietario del fondo, dal quale si compie l'estrazione della pietra. S'intende che, quando il proprietario abbia consentito la facoltà di estrarre e tanto più quando per l'estrazione, oltre alla cessione del materiale estratto, abbia anche accordato un compenso pecuniario, in questa facoltà di estrarre s'intende compreso anche il diritto di rotolare il materiale estratto ed anche quello di depositarlo temporaneamente nel territorio adiacente, poichè senza questi diritti accessori il diritto principale non potrebbe utilizzarsi praticamente in tutta la sua efficacia e portata. Or dunque, per quanto questa conclusione è logica, per altrettanto è logico che non possa trattarsi di una servitù, quando il diritto di estrarre sia dovuto ad un contratto di vendita o di affitto: poichè, in fin dei conti, il rapporto è unico e la seconda parte non fa che completare la prima e rendere praticamente possibile una vera utilità per colui che fruisce del diritto di estrazione. S'intende però che questa figura di occupazione transitoria non corrisponde esattamente a talune figure relative all'estrazione e all'appropriazione del materiale estratto. La miniera può vendersi o affittarsi a strati, mentre l'occupazione

Digitized by Google

transitoria del suolo non corrisponde nè a vendita nè ad affitto: ciò però non toglie che corra il ragionamento per il quale si esclude la servitù in questa occupazione come è esclusa in quella estrazione.

I Romani corsero forse troppo oltre per amore di ravvicinare ogni caso pratico a quelle figure tipiche le quali si vennero man mano formando per tradizione e lunga consuetudine sulle forme più antiche di coltivazione o utilizzazione del suolo: il sistema del resto era comodo e non presentava difficoltà pratiche di sorta perchè si basava su di un ordine di diritto già vigente ed in corso di attuazione. Tener di mira un'altra classificazione sarebbe stata cosa inutile, pericolosa e superflua; per la qual ragione noi troviamo in vigore una classificazione di servitù, che oggi specialmente non può reggere ai lumi della critica. Oggi noi siamo invece molto rigorosi nell'applicare il concetto di servitù prediale alle figure di rapporti tra fondi, quando specialmente non v'è che una ragione di semplice vicinanza o quando neppur tale ragione soccorre nel caso speciale. Come noi sappiamo, per la parte generale, il concetto di servitù prediale è rigorosissimo nel nostro diritto e corrisponde ad un vero diritto reale, di fronte al quale le persone scompariscono e resta sola la posizione rispettiva dei fondi che sono in rapporto di servigio gli uni verso gli altri, all'infuori di ogni considerazione delle persone dei proprietari loro. Noi, a rigore, ci contenteremo di farne una figura fondiaria o reale, e ci rassegneremo a chiamarla servitù solo per omaggio alla denominazione romana, ma non con intendimento critico o sistematico: e, se lo scrupolo ci pungesse più davvicino, dovremmo proprio rinunziare del tutto alla classificazione di questa figura tra le servitù prediali, con tutto il maggiore rispetto verso la costruzione romana. Si avrà, se mai, un diritto reale: ma quando si tratti di un diritto che sorga unicamente da obbligazione, il diritto sarà soltanto personale e importerà unicamente un rapporto da persona a persona, per quanto esplicantesi sulla cosa. Questo è il caso dell'affitto: esso implica il godimento della cosa, ma sorge da un contratto o rapporto personale tra locatore e conduttore. Anche la vendita conferisce un diritto sulla

Digitized by Google

cosa, ma dal contratto di vendita sorge un puro rapporto personale od obbligazione di consegnare la cosa ed assicurarne la proprietà e il godimento.

89. Altro diritto, che i Romani chiamavano di servitù prediale, era quello di cuocere calce sul fondo altrui; e così quello di scavare l'arena nel fondo altrui per edificare, quello di prendervi pali per sostegno delle viti proprie, quello di radunar frutti nel campo o nella villa del vicino. Diritto di servitù doveva esser quello d'immetter le radici o di spingere le radici degli alberi propri nel fondo del vicino: questo ultimo in corrispondenza inversa alla servitù derivante dalla natura dei luoghi e che consiste nel ricevere le radici delle piante altrui che per sviluppo naturale si sporgano nel fondo proprio. Questo diritto ha certamente ragione nella vicinanza; ed anche gli altri diritti possono avere più o meno una simile spiegazione per la postura dei luoghi. I Romani, se si deve stare alla lettera del testo, conoscevano poi qualche cosa come una *servitus thynnaria.* La l. 13, pr., Dig. 8, 4, parla di un venditore di un fondo Geroniano, il quale ad un fondo Botroiano, che egli riteneva, *legem dederat ne contra eum piscatio thynnaria* (pesca di tonno) *exerceatur*, quantunque al mare che per natura è a tutti aperto non possa imporsi servitù alcuna per patto privato. Si conclude da ULPIANO che, essendo stabilito che debba mantenersi l'adempimento del contratto di vendita stretto in buona fede, la persona di chi possiede il fondo Geroniano o del successore od avente causa dev'essere obbligata per il patto di stipulazione o di vendita. Ora si domanda se questa sia servitù e servitù negativa a carico del fondo Geroniano e a favore del fondo Botroiano: servitù consistente nell'impedire al vicino che eserciti la pesca del tonno sulla costa del mare (ammettiamo pure che si tratti della costa la quale *patet* ossia che si estende in vicinanza ma non proprio a contatto del fondo Geroniano stesso) ma la lasci esercitare esclusivamente nell'interesse del fondo Botroiano che vi è a contatto. Si domanda dunque se questa sia una servitù negativa, *non piscandi;* sul tipo di altre servitù negative che pure il diritto romano ammetteva senza grande scrupolo, quantunque sotto certe determinate regole e con determinate

Digitized by Google

precauzioni. E, per render ragione dello scopo della servitù, vogliamo ritenere che *piscatio thynnaria* fosse intesa non soltanto la pesca del tonno alla lettera, ma altresì, in generale, la pesca di ogni cetaceo o grosso pesce marino appartenente all'ordine dei mammiferi a corpo pisciforme, cogli arti anteriori soltanto, sviluppati in forma di natatoie, code a due lobi orizzontali (balene, capodogli o fiseteri, delfini, tonno); e che, per riguardo all'estensione di un tal contenuto, i relativi pescatori, come volle CUIACIO, si chiamassero non solo θυνόσκοποι ma anche *celarii*.

Ma, ad ogni modo, sia interpretando le parole del testo, sia ragionando in base ai principii generali di diritto, qui non si ravvisano punto gli elementi della servitù: anzi è detto espressamente che per patto privato non può imporsi servitù sul mare che per natura è aperto a tutti. Ma che dire dell'obbligazione di rispettare il patto, che si trasferisce a chiunque *succedat in ius?* Qui si tratterà, rispondono i più, al successore *in universum ius* e non al successore a titolo particolare, e non al successore nella sola proprietà del fondo Geroniano o nel possesso di esso: dappoichè non si potrebbe assolutamente concepire una successione a titolo particolare in chi non concorse nel patto o nella *lex* negativa della *piscatio thynnaria*. Ma riflettiamo un poco sulle parole del frammento. Questo dice che la legge della stipulazione o della vendita obbliga i possessori o i successori nel loro diritto al patto *ne piscatio thynnaria exerceatur:* si tratta di successione del diritto della stipulazione o della vendita e non si dice come questa successione avvenga, ma non si esclude che possa essere a titolo particolare, quasi come se la interdizione *thynnaria* costituisca una *condictio agri*. Però noi non abbiamo, per la storia del diritto romano nè per la testimonianza dei gromatici, alcuna indicazione di una *condictio agri* o di *condictiones agrorum* in questo senso: laonde, oltre alla successione a titolo particolare, dobbiamo avvisare ad una condizione a titolo particolare, in cui tale interdizione di pesca entri come elemento o pattuizione sostanziale tra il venditore e il compratore. Nè importa che il proprietario o possessore del fondo favorito da questo divieto non sia intervenuto nel contratto di alienazione: quando il suo patto o *lex* annessa alla vendita del fondo Geroniano importava

Digitized by Google

la durata per tempo eccedente il periodo anteriore alla successione od era di durata illimitata, ma in entrambi i casi aveva unito l'impegno di far rispettare il patto stesso da qualunque successore anche a titolo particolare. Allora il compratore del fondo Geroniano, conoscendo che il successore a titolo particolare nella proprietà del fondo Botroiano ha assunto l'impegno di rispettare e mantenere il patto di astensione consentito dal suo autore verso il fondo Geroniano e suo possessore, può quasi mutuare il diritto proveniente dalla *lex venditionis* del fondo Geroniano a benefizio del fondo Botroiano e chiedere che si adempia la *lex ne piscatio thynnaria exercealur;* poichè da questo patto da una parte sorge un'obbligazione personale e dall'altra un credito all'adempimento della prestazione negativa ossia dell'astensione o al risarcimento dei danni nel caso d'inadempimento. Questo diritto all'adempimento o al credito in genere può bene essere esercitato dal successore a titolo particolare; nel senso che il fondo Botroiano possa giovarsi del divieto di pesca che il proprietario del fondo Geroniano ha promesso di non esercitare nel mare costiero al primo. Ma anche questa successione particolare può essere ammessa senza perciò venire alla conclusione che dunque si tratti di una servitù in genere nè di una servitù prediale in ispecie; non è che la successione nei debiti e nei crediti, quando questi debiti e crediti hanno causa da un fondo o da più fondi determinati e si riferiscono ai rapporti reciproci tra i proprietari o possessori dei fondi stessi, per ragione della utilità che direttamente o indirettamente può trarsi dai fondi medesimi. Poichè, in fondo, si voglia o non si voglia, questo diritto che non si peschi è annesso al fondo, è dato in ragione del fondo: e ciò tanto più, quando nel titolo successorio si è fatta menzione di questo diritto. Anzi, nel titolo di trasferimento particolare vuol ritenersi fatta menzione della maggiore o minore utilità del fondo rispetto alla pesca (chè altrimenti un tale contratto non sarebbe più di buona fede) e perciò del patto che all'uno dei due fondi interdice a benefizio dell'altro la pesca stessa e di questa interdizione fa precetto ai proprietari rispettivi. Questo è il caso normale, in cui la *res inter alios acta,* nei suoi effetti persistenti *ratione rei,* è accettata e fatta

Digitized by Google

elemento sostanziale della *res inter nos acta*, di cui costituisce una *causa* o parte di *causa* sostanziale; talchè può anche ritenersi che la mancanza della corrispondente attività possa decidere la sconclusione dell'affare o costituisca una lesione grave e produttiva di nullità del contratto di vendita, quando ricorrano i termini della *restitutio in integrum* secondo il diritto romano. E di vero, il valore di un fondo può essere aumentato e in corrispondenza il valore dell'altro fondo diminuito per l'interdizione della *piscatio thynnaria* sul mare costiero ad uno di detti due fondi; e per di più il patto che interdice la *piscatio thynnaria* può essere fatto sin dapprincipio colla designazione di una durata determinata come anche senza limite di tempo, ma in entrambi i casi a condizione espressa che duri anche presso il successore a titolo particolare nella proprietà del fondo dominante o in quella del fondo serviente: in altri termini le obbligazioni per quanto personali, tanto allora, come certamente oggi, potevano impegnare o favorire tanto gli eredi quanto gli aventi causa dai contraenti. Nè perciò l'obbligazione cessa di avere carattere personale ed acquista carattere reale, se pure non concorrano altre circostanze che siano sufficienti a stabilire la realtà del rapporto, al difuori di ogni concetto di trasmissione a titolo universale o particolare, ma per suoi caratteri speciali fondamentali, di cui si è fatta parola nella parte generale di questa trattazione. Vuol dire che l'obbligazione personale si trasmette ed anche in essa si opera la successione per patto, non ignoto a ciascuna delle tre parti interessate, il successore compreso. E poi, come notammo, l'interpretazione del principio che il creditore può esercitare i diritti e le azioni creditorie del suo debitore verso i terzi, è suscettibile di una grande latitudine e può applicarsi senza limitazione o restrizione a casi determinati o a posizioni speciali. ULPIANO, allorchè nel fr. cit. parla di *successio in ius* non si preoccupa di stabilire se debba trattarsi di *successio in universum ius* o di *successio in ius particulare:* l'essenziale è per lui il presupporre che una *successio* vi sia nel diritto di interdizione da una parte e di esercizio dall'altra della *piscatio thynnaria;* se vi sia o no successione in un caso determinato è poi questione di diritto e di fatto e forse più

Digitized by Google

della prima che della seconda specie, e deve risolversi in sede apposita con propri criteri. Il dire pertanto in linea generale che deve trattarsi di *successio in universum ius*, così generalmente e senz'altro, è un'esagerazione che non corrisponde alla vera situazione delle cose, nè ci dà o ci può dare la misura esatta e la risoluzione adatta al caso determinato. Il giureconsulto ha voluto dire che al mare *servitus privata lege imponi non potest*, ma che tuttavia il patto vale e deve adempirsi, essendo stato concluso in buona fede tra le parti; non vi è da far nulla, fuorchè constatare il fatto o l'avvenimento della successione nel diritto di possesso e proprietà sul fondo non solo, ma anche nel diritto relativo all'interdizione della *piscatio thynnaria*. Constatato il fatto e le circostanze che l'accompagnano, si tratta di ricavare dall'insieme la ragione del contenuto giuridico e di valutare giuridicamente la figura che ne risulta, tenendo presenti le caratteristiche della servitù prediale, quelle del semplice diritto reale, le altre del rapporto di obbligazione che non eccede la sfera d'azione delle persone contraenti.

Ma il rapporto d'obbligazione si dee valutare in tutta la sua estensione, esattamente; e ciò in ispecie per esaminare se vi sia una parte nel contenuto del rapporto che trapassi negli aventi causa oppure se tutto quanto il rapporto possa o debba subire questa fase successoria per effetto non di legge ma di pura convenzione e come contenuto della stessa obbligazione originaria, così sotto il punto di vista della durata come sotto il punto di vista della trasmissione legale nel creditore delle azioni creditorie spettanti al debitore verso persone colle quali questi abbia regolarmente contrattato. Sotto questo riguardo una risposta assoluta sotto l'impero della massima della *res inter alios acta* può essere certamente fallace: conviene tener conto di tutte le circostanze del fatto e riferirsi alla situazione speciale che è stata sanzionata dalla volontà delle parti ed è apparsa lampante in una contrattazione di buona fede. La successione in questo caso non implica affatto la realtà insistente dell'onere da fondo a fondo, nè fornisce alcuna causa perpetua per ammanire la ricetta d'una servitù prediale che le parti non vollero, alla quale le parti non mirarono: essa o discende legittimamente dai

Digitized by Google

principî del diritto, oppure si può ritenere espressamente sanzionata dalla volontà delle parti. In entrambe le ipotesi è facile dedurre che non si tratti di servitù prediale e che lo zelo di quegli interpreti i quali vollero ammettere la servitù di pesca negativa abbia addirittura falsato il concetto del frammento, nel quale troviamo anzi una esplicita dichiarazione che di servitù non può parlarsi. Gli è appunto che i commentatori suddetti avvertirono fortemente anch'essi la suggestione del tipo e al tipo credettero rendere omaggio seguendo l'indirizzo generale dei giureconsulti romani e senza accorgersi di falsare il concetto e la risoluzione del frammento ulpianeo, che nella sua motivazione ha rigorosamente escluso possa trattarsi di servitù, perchè il mare per sua natura è a tutti aperto e non vi è diritto di costeggio nè può cedersi per la pesca un diritto di costeggio che non esiste. Vuol dire dunque che la successione è ammissibile nei casi in cui è possibile la successione ad un diritto di obbligazione, secondo le regole generali vigenti in tale materia e senza alcuna eccezione o atteggiamento speciale nel caso determinato.

90. La questione se il diritto di caccia costituisca o possa costituire una servitù prediale origina, soprattutto, dallo stato confuso di riserve e di privilegi prodottosi sotto il regime feudale e nell'epoca della prima costituzione di aggregazioni burgensatiche. Vi fu in tempi anteriori alle moderne costituzioni degli Stati un bosco dei cittadini (*Bürgerwald*), un diritto di caccia dei cittadini singoli (*Bürgerjagd*), un diritto di caccia della città (*Stadtjagd*); quest'ultimo abitualmente affittato dalla città stessa a privati. Si stabilì il diritto di caccia e quello d'ingrassar bestie, per la caccia o meno, in parchi o in pascoli, sull'altrui fondo: e si trovò perfino che questa potesse considerarsi come servitù rustica, senza richiedere neppure la condizione espressa che un tale diritto fosse esercitato per ragione di vicinanza di fondi. Ma il diritto moderno per la caccia è venuto in conclusioni alquanto diverse, tenendo fermo il concetto del diritto di proprietà così come oggi è comunemente inteso. Oggi il diritto di caccia sull'altrui fondo, di regola, è riconosciuto a tutti, salvo di-

Digitized by Google

vieto del proprietario: l'art. 712, alinea, Cod. civ. dice chiaramente non esser lecito introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore; e perciò implicitamente ammette che, quando divieto non vi sia, possa cacciarsi liberamente ovunque. Vuol dire che la proprietà di un fondo (a parte la questione degli animali domestici che vi sono allevati) non si estende ai volatili che attraversano momentaneamente quel fondo; poichè il sostrato di questa proprietà sarebbe talmente evanescente, da non potersi mettere a riscontro col diritto sull'immobile. Diversa cosa sarebbe evidentemente se questi animali fossero addomesticati e si tenessero nel fondo, a servizio o no di esso; diversa ancora se questi animali si nutrissero addirittura nel fondo per cacciarli o per ucciderli. Al difuori di tali casi nessuno può affermare diritto di proprietà sui volatili prima di catturarli o di ucciderli; insomma dopo una qualsiasi apprensione di essi, vivi o morti. E qui, naturalmente, si tratta di volatili non a piccolo volo o volo basso, ma di volatili il cui volo abbia una tale ampiezza, che ad essi sia permesso di passare normalmente da un fondo all'altro colla massima libertà e senza toccar terra: diversamente da quanto avviene per il pollame il quale non è mai completamente nello stato di reale libertà, per la ragione che si trova ordinariamente costituito in condizione di domesticità e quindi su di esso non cessa mai la fisica disponibilità che corrisponde al diritto del proprietario. Or dunque questi volatili, che si chiamano uccelli (gli *aves* dei latini), sono allo stato negativo di ogni limitazione territoriale e la loro vita trascorre attraverso agli spazi aerei, molto al disopra di quanto possa portarsi l'apprensione manuale dell'uomo. E però, se pure non si sorprendano quando sono abbassati per il sonno e non siano investiti colle reti nelle piante dove riposano a grandi masse, l'unico mezzo per apprenderli, morti o feriti, è la caccia. L'uccello è catturato non perchè si limiti ad esso lo spazio o la superficie aerea, ma perchè è messo nell'impossibilità di muoversi per ragioni organiche o vitali che dir vogliansi. In tutto questo sistema di apprensioni, di catture, di ferimenti e di uccisioni l'ubicazione territoriale ha tanto da fare, in quanto il cacciatore per arrivare ad un

Digitized by Google

dato uccello deve certamente recarsi e fermarsi, magari appostandosi, in un dato fondo, in una data località, la quale per divieto non è via pubblica, ma spazio privato. Per la caccia degli animali non volatili la cosa cambia alquanto di aspetto, perchè in tal caso entra in campo un altro elemento, vale a dire l'inseguimento: questo avviene attraverso ad uno o più fondi o parti di fondo, e perciò proprio in territorio privato trascorrono tanto l'inseguitore quanto l'inseguito (o la fiera inseguita, come direbbero i Romani). In tuttociò, così nell'inseguimento come nel semplice appostamento fermo, la proprietà del fondo o di un fondo non entra se non perchè attraversata od occupata dal cacciatore o dal cacciatore e dalla fiera inseguita: tutto dunque si riduce ad una semplice questione di risarcimento di danni prodotti al proprietario delle terre, il quale non ha alcun diritto di proprietà sugli animali cacciati o inseguiti. Ma il proprietario può indirettamente ostacolare la caccia vietando l'ingresso nel proprio fondo agli estranei. Il divieto di caccia è indiretto e meglio si direbbe divieto d'ingresso: il concetto della riserva non è esatto, ma rappresenta una eredità storica di tempi in cui il diritto era fatto di restrizioni e di sistemi eccezionali; oggi è d'uopo applicare la logica del diritto ed emanciparsi da questi ricordi tutt'altro che lieti e da queste traccie tutt'altro che scientifiche. Neppure lo stesso proprietario può avere il diritto di caccia sul proprio fondo, ma un semplice diritto di divieto che altri vi penetri per cacciare: tanto è ciò vero, che, se il cacciatore colpisce col proiettile del suo fucile un uccello nel fondo vicino senza esservi penetrato prima, può penetrarvi dopo per raccogliere la preda o può non penetrarvi, secondochè vi sia o no il divieto d'entrare nel fondo stesso, vuoi per diffida espressa dal proprietario, vuoi perchè il fondo sia chiuso. Ma, se il proprietario del fondo non gli consente di raccogliere l'animale colpito, il cacciatore, similmente a colui che va per raccogliere i frutti del suo albero, caduti nel fondo del vicino, può al costui divieto opporre delle domande di risarcimento (cfr. la posizione relativa all'*interdictum de glande legenda*) corrispondente al valore della preda. I principî del diritto romano a questo riguardo sono chiari: soltanto sorse

Digitized by Google

dubbio se il semplice ferimento bastasse per l'occupazione dell'animale e fu da taluni risoluto che no, *quia multa accidere possunt ut eam (feram) non capiamus.* Ma GAIO, che in l. 5, § 1, Dig. 41, 1, richiama questa come opinione dei più (*plerique*), vi fa precedere l'opinione di TREBAZIO che la fiera è proprietà del cacciatore inseguente e rimane tale durante tutto l'inseguimento; poichè *si desierimus eam persequi, desinit nostram esse et rursus fit occupantis.* E, in sostanza, GAIO stesso, riportando l'opinione di TREBAZIO e quella degli altri, ci dice che è la sua o la più vera quella della maggioranza, ma senza, come in casi consimili altri fanno, spiegarcene la ragione. Si tratta di dare un peso sostanziale all'apprensione: talchè, fuggendo la fiera in fondo altrui ed essendoci inibito penetrarvi, a nulla varrebbe l'averla appostata prima con grande cura, indi ferita e poscia inseguita; se poi questa fosse presa (e la facilità di apprenderla aumenta sempre più, perchè la fiera ferita, fuggendo, si trova sempre più stremata di forze) dal proprietario del fondo chiuso o dai suoi dipendenti. In tal caso, per giusto compenso al cacciatore, converrebbe riconoscere e rispettare in lui una specie di diritto a proseguire l'inseguimento incominciato, malgrado il divieto di penetrare nel fondo altrui: una specie di diritto alla caccia o a proseguire la caccia ossia l'inseguimento che col ferimento costituisce uno dei due stadi della caccia i quali preludiano al terzo stadio o stadio dell'apprensione. E qui si noti che non sempre nè spesso gli animali feriti dal cacciatore muoiono sul colpo se non si fa uso di arme da fuoco per colpire: e i Romani non avevano (oltre le armi da taglio) che proiettili pietrosi o metallici, che non potevano cagionare la morte tanto repentinamente, da non richiedere un più o meno durevole inseguimento delle fiere colpite. Ma forse la considerazione dell'accusa di furto nell'occupante, che si trovasse per la via dell'inseguimento e che magari apprendesse la fiera di fronte, fu decisiva perchè GAIO e con esso il *Digesto* non accettassero, pur richiamandola, l'opinione di TREBAZIO: ma da ciò senza dubbio non possiamo argomentare ad un diritto d'inseguimento della fiera colpita, attraverso tutti i fondi per i quali la fiera stessa fugge e dove finalmente cade esausta di forze. Del resto, l'azione di

Digitized by Google

furto, con tutto l'*animus lucri faciendi*, si arresterebbe di fronte alla convinzione dell'occupante di esercitare un diritto favorito dalla materiale apprensione e poziore rispetto al diritto dell'inseguente.

Conveniamo dunque che è miglior partito lasciare da banda questo frammento di GAIO come poco influente al caso nostro, e cioè alla ricerca se in diritto romano esistesse una vera e propria servitù di cacciare nei fondi o nel fondo altrui. Del resto, non è questa la sola difficoltà che si frappone al diritto di occupazione: vi sono le clausole *si oculos nostros effugerint* e *si difficilis sit persecutio;* e di queste difficoltà non è necessario che noi trattiamo, dovendoci occupare soltanto della questione se in diritto romano sia stata ammessa una servitù di caccia, o, nel caso di esistenza di un diritto di caccia, di quale specie un tale diritto fosse e sotto quale categoria giuridica si dovesse classificare senza dare contro ai principî generali e alle regole speciali nella materia. Il LANDUCCI, nell'*Archivio giuridico*, XXIX, p. 320, seg. e p. 326, 354, ritenne la possibile esistenza nel diritto romano di servitù (reali o personali) d'ingresso nel fondo altrui a scopo di caccia. Il WINDSCHEID (*Pandette*, I, § 198, nota 8) ammette l'azione negativa contro la lesione della proprietà altrui in cui si penetri a scopo di caccia, ossia ad uno scopo che possa rispondere al contenuto di un diritto d'entrare per l'esercizio di una servitù. Il GLÜCK (*Pandette*, lib. XLI, tit. I, § 1727 *c*, trad. e note PEROZZI) è della stessa opinione, perchè vede la possibilità che si entri nel fondo altrui conforme ad una servitù o almeno in modo simile a quello ammesso da una servitù. Ma questa servitù non si trova affatto ricordata nelle fonti, nè nominata, nè descritta, nè designata per il suo contenuto o per i suoi limiti. Eppure, non ricordando affatto una *servitus venandi*, le fonti pur ricordano persino una *servitus gestandi*. Il LANDUCCI richiama bensì la l. 16, Dig. 8, 3, di CALLISTRATO: *non est consentaneum rationi, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium facialis;* ma questa si riferisce al divieto di caccia, come la l. 11, Cod. 3, 34. Resterebbe, solo argomento, la circostanza che il frammento è stato riportato sotto il titolo delle servitù; poichè l'inciso *invitis dominis* (ἀκόντων τῶν δεσποτῶν) non è esclusivo in tema

Digitized by Google

di servitù, tanto che è adoperato anche in l. 27, § 1, Dig. 8, 3, tutt'altro che per indicare lo *ius aedificandi invito socio* come una servitù (difatti *nemini res sua servit*). Ma questo argomento è fallace, perchè si sa quanto poco rigorosi siano stati i compilatori del Digesto nel ridurre i diversi frammenti sotto le classificazioni dei rispettivi titoli e si hanno altre prove di consimile latitudine nei titoli relativi alle servitù. Ed è appunto da questo *ius prohibendi* che il LANDUCCI, di straforo, estrae la immaginaria *servitus venandi*, perchè ritiene che, dovunque si trovi una siffatta ragione negatoria, ivi si debba riscontrare anche di sorpresa o di straforo l'esistenza di una servitù. Per giunta poi, secondo lo stesso LANDUCCI, essendo in diritto romano le servitù personali designate e limitate per nome, numero e concetto, non resterebbe che ascrivere tali figure tra le servitù prediali, se esistano a favore di un determinato fondo dominante in forma esclusiva, e altrimenti tra le servitù irregolari, quando siano costituite soltanto a favore di una determinata persona, associandosi in tale ipotesi alla denominazione di servitù personale illimitata proposta dal MAYNZ. Ma la dimostrazione del LANDUCCI è ben lungi dal raggiungere il suo scopo: e bene notò a questo riguardo il PEROZZI che manca il requisito dell'utilità di un fondo per costruire la servitù prediale; essendo la caccia o un'utilità o un piacere personale, indipendente non solo dalla vicinanza dei fondi, ma anche dall'esistenza di un fondo appartenente a chi la caccia stessa vuole esercitare. La vicinanza dei fondi (egli osservava) potrà a questo riguardo essere un accidente, non una necessità. Nè si vede la necessità di allontanarsi, in fatto di servitù personali, dalla figura dell'usufrutto: e nessun frammento relativo a servitù irregolari concerne propriamente la caccia. Al più si potrà costruire una *servitus itineris* (prediale sul fondo di un vicino) con annesso *modus* che l'*iter* non sia dato se non *venandi causa:* ma ciò non toglierà che altri, senza questo reale *ius itineris*, a causa di obbligazione personale o per diritto naturale di caccia non divietata, possa recarsi a cacciare nel fondo altrui. Senonchè l'esclusione degli estranei e dello stesso proprietario dall'esercizio della caccia a beneficio dell'utente può appunto far pensare ad una servitù personale: il *modus* per sè stesso è

Digitized by Google

esclusivo a danno, non a vantaggio dell'utente la caccia in fondo altrui. In fondo venatorio, ripetiamo, si costruisce molto meglio una servitù di usufrutto e può anche, a seconda dei casi, stabilirsi un rapporto di affittanza: ma servitù prediale assolutamente no, poichè ne mancherebbero i requisiti sostanziali. Del resto, di qual natura sia lo *ius prohibendi* del proprietario rispetto al *venator* e alla *venatio* non è qui il luogo di ricercare. Lo SCIALOIA, nelle sue lezioni di diritto romano, 1884-85, pag. 256 e seg. della litografia, resistette in certo modo all'opinione comune che non si possa sostenere un diritto di caccia del proprietario privato sulle sue terre come non si può sostenere un diritto di caccia quale regalia dello Stato su di un *locus publicus;* e volle che la turbativa della proprietà mediante la caccia sia come qualsiasi altra turbativa della proprietà, perchè la caccia sia una forma d'uso spettante al proprietario nel fondo proprio. In senso contrario però è brillantissima la teoria svolta dal PEROZZI nella nota 6, a pag. 75 e seg. delle *Pandette* cit. del GLÜCK da lui tradotte: la caccia, quantunque trovi ostacolo nella chiusura del fondo o nel divieto, implicito od esplicito, espresso o tacito, diretto o indiretto del proprietario, è un diritto indipendente dall'uso del suolo nel quale si caccia, perchè nel cacciare la terra non viene in considerazione se non come spazio al pari dell'aria in cui ci moviamo; la terra non è che l'ambiente, il teatro della lotta contro gli animali, non già uno strumento della lotta stessa, neppure per il proprietario. Perciò i Romani ammettevano come compatibile il diritto di proprietà sulla terra col diritto di libera caccia per ogni fondo. Soltanto si riconosceva che la caccia di un estraneo potesse riuscire molesta all'uso del proprietario sul suolo proprio; ciò però non toglie che, mancando il divieto, il cacciatore entri nel fondo *iure proprio* e non per concessione tacita del proprietario. Per il cacciatore non c'è che un fondo solo in tutta la terra, come per l'aereonauta non vi è che uno spazio solo in tutta l'aria. Questo per diritto romano: le limitazioni e le riserve territoriali di caccia non vennero che successivamente, quando il diritto s'imbastardì per l'introduzione dell'influenza germanica; la *venatio* fu considerata come inerente esclusivamente alla proprietà: in alcuni

Digitized by Google

luoghi, come la proprietà, rimase esclusivamente in mano della nobiltà (Boemia), il contadino non potendo essere che semplice enfiteuta delle terre.

In seguito in molti territori (p. e. in Austria) la caccia divenne per gran parte un diritto di regalia; e si distinse l'alta dalla bassa caccia; quest'ultima riservata ai proprietari dei fondi nobiliari. Solo poche persone infine, o *iure* proprio o per concessione sovrana, ebbero il diritto e l'esercizio della caccia. La rivoluzione francese abolì il diritto baronale di caccia sul fondo altrui, facendo considerare il diritto di caccia come derivazione, parte o pertinenza della proprietà fondiaria. Ma poi vennero le limitazioni all'esercizio territoriale della caccia per ragione di proprietà, pur restando il diritto di caccia connesso colla proprietà fondiaria. Infine si riconobbe che la proprietà di un fondo non implica alcun diritto sugli animali che in esso si trovano non allo stato domestico nè in cattura, ma allo stato libero; il nostro Codice, come abbiamo visto, considera la caccia come un modo di occupazione degli animali catturati o colpiti e come un tentativo di occupazione o di cattura, che solo può urtare col diritto di possesso e contro il divieto del possessore. Servitù di caccia neppure oggi può esistere.

FINE DEL TERZO VOLUME.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL TERZO VOLUME

SERVITÙ NELL'UTILIZZAZIONE DEL SUOLO PROPRIO E PER UTILIZZAZIONE DELL'ALTRUI

LIBRO OTTAVO

Servitù derivanti da edificazioni . . . . . *Pag.* 4

TITOLO PRIMO. — **Servitù delle distanze** . . . . . » 8

Capo I. — Opere sopra il suolo . . . . . » 12

1. Contenuto dell'art. 574 Codice civile . . . . » *ivi*
2. Conflitto teorico e pratico tra l'industria e la proprietà » 18
3. Criteri pratici nelle prescrizioni del giudice . . . » 25

Capo II. — Opere sotto il suolo . . . . . » 34

4. Scavamento di fossi o canali . . . . . » *ivi*
5. Misura della distanza legale . . . . . » 41
6. Scarpa od opere di sostegno . . . . . » 48
7. Scavamento di fossi o canali vicino ad un muro comune » 56
8. Apertura di sorgenti, stabilimento di capi od aste di fonte, canali od acquedotti, o spostamento del loro letto, variazione di pendio o di forma . . . . . » 63
9. Ingerenza dell'Autorità giudiziaria in caso di contestazione » 71

Capo III. — Piantagioni . . . . . » 81

10. Importanza economica e giuridica delle piantagioni . » *ivi*
11. Le piantagioni al confine tra due fondi . . . » 88
12. Distinzione botanica tra gli alberi di alto fusto e quelli di non alto fusto . . . . . » 97
13. Dei frutici ed alberi nani . . . . . » 105
14. Altre specie di piantagioni, massime per quanto concerne il taglio . . . . . » 112
15. Sostituzione del muro alle distanze . . . . . » 118
16. Piantagioni di bosco, di canale e lungo le strade comunali » 126
17. Diritto di estirpazione delle piantagioni abusive . . » 132
18. Se le distanze possano aumentarsi dal giudice . . » 139
19. I diritti acquisiti o prescritti contro le distanze legali: le disposizioni transitorie . . . . . » 147
20. Modo di misurare le distanze stesse . . . . . » 158

Digitized by Google

21. Possibilità di variazioni contrattuali . . . . . *Pag.* 167
22. Applicazione delle azioni possessorie . . . . . » 176
23. Diritto romano . . . . . » 185

TITOLO SECONDO. — **Servitù di sporto** . . . . . » 196

Capo I. — Sporto per sviluppo vegetativo . . . . . » 201
24. Diritto di fare avanzare i rami degli alberi nello spazio sovrastante allo stabile del vicino . . . . . » *ivi*
25. Se questa servitù risulti implicitamente da una deroga contrattuale, parziale o completa, al sistema delle distanze legali delle piantagioni dalla linea di confine . . » 210
26. *Quid* nel caso di contrasto successivo immediato coi diritti del proprietario vicino consenziente alla deroga contrattuale » 219

Capo II. — Sporto in legname o muratura o metallo . . » 229
27. Danno effettivo o potenziale e pericolo derivante dalle sporgenze in legname o muratura o metallo . . . » *ivi*
28. Legge delle distanze e legge della non-invasione . » 237
29. Conseguenze della natura inorganica di simili sporgenze » 245
30. Se il vicino abbia il diritto alla amputazione o demolizione delle sporgenze inorganiche . . . . . » 255
31. Ristabilimento del diritto violato e mezzi giuridici per provvedervi . . . . . » 264
32. Diritto romano . . . . . » 273

TITOLO TERZO. — **Servitù di contatto** . . . . . » 284

Capo I. — Contatto per semplice appoggio . . . . . » 289
33. Formolario e struttura della servitù romana *oneris ferendi* » *ivi*
34. Fisionomia della servitù nel diritto vigente . . . » 296
35. Se l'appoggio possa esercitarsi sopra un tempio . . » 309
36. Che degli edifizi scolastici e degli stabilimenti industriali » 317
37. Se il rapporto di confine sia il presupposto necessario per una servitù d'appoggio . . . . . » 325

Capo II. — Per sostegno con immissione nello spessore . . » 328
38. Servitù romana tipica *tigni immittendi* . . . . . » *ivi*
39. Portata meccanica della *immissio* del *tignum* . . » 335

LIBRO NONO

Servitù con penetrazione di persone nel suolo altrui . . *Pag.* 345

TITOLO PRIMO. — **Servitù del passaggio come mezzo** . . . » 354

Capo I. — Passaggio di pedoni . . . . . » 363
40. La *servitus itineris* del diritto romano . . . . . » *ivi*
41. Diritto moderno: requisito della necessità . . . » 371
42. Concetto rigoroso dell'opportunità . . . . . » 381
43. Indennità per la servitù . . . . . » 395
44. Cambiamento di destinazione del fondo serviente . » 405

Digitized by Google

Capo II. — Trasporto di mobili e di semoventi . . . *Pag.* 415
45. Diversità tra questa servitù e la semplice di passaggio » *ivi*
46. L'*actus* dei Romani . . . . . » 423
47. Regole relative . . . . . » 433
48. E la *servitus pecoris ad aquam adpulsus* . . . » 443

Capo III. — Viatico . . . . . » 454
49. Origine feudale della servitù . . . . . » *ivi*
50. Sua possibilità e valore del suo contenuto in diritto moderno » 463

Capo IV. — Accesso per raccolta . . . . . » 470
51. Interdetto romano *de glande legenda* . . . . » *ivi*
52. Transizione dall'interdetto alla natura del diritto tutelato » 479
53. L'istituto nel diritto attuale . . . . . » 487

TITOLO SECONDO. — **Servitù di sfruttamento dirette** . . . » 490

Capo I. — Abolizione del pascendatico nelle provincie italiane ex-pontificie . . . . . » 495
54. Vecchia teoria sul pascendatico come servitù civica . » *ivi*
55. Teoria nuova . . . . . » 508
56. Primo progetto del GRIMALDI . . . . . » 513
57. Primo controprogetto della Commissione parlamentare » 522
58. Secondo progetto GRIMALDI . . . . . » 533
59. Secondo controprogetto della Commissione parlamentare » 544
60. Terzo progetto GRIMALDI . . . . . » 556
61. Terzo controprogetto parlamentare . . . . . » 569
62. Progetto concordato tra Ministero e Commissione parlam. » 584
63. Modificazioni del Senato . . . . . » 596
64. Relazione GRIMALDI e ZUCCONI sul progetto modificato » 609
65. Oggetto della nuova legge 24 giugno 1888 e del regolamento 29 agosto 1889 . . . . . » 621
66. Suo valore territoriale . . . . . » 633
67. Natura e derivazione del pascendatico . . . . » 645
68. Diritto di affrancazione . . . . . » 655
69. Canone . . . . . » 667
70. Devoluzione della indennità . . . . . » 680
71. Elenchi del pascendatico . . . . . » 694
72. Giunte di arbitri . . . . . » 709
73. Appelli . . . . . » 729
74. Ricorsi . . . . . » 737
75. Effetto della legge . . . . . » 753
76. Disposizione transitoria . . . . . » 767
77. Lavori dell'ultima Commissione ministeriale . . » 775
78. Legge 2 luglio 1891 e testo unico 3 agosto 1891 . » 797
79. Disposizioni 6 agosto 1891 per l'esecuzione di detto testo unico . . . . . » 811

Digitized by Google

Capo II. — La comunione dei pascoli in diritto civile . . *Pag.* 819
80. La *servitus pascendi* e il pascolo comune in diritto romano » *ivi*
81. Sue possibili limitazioni . . . . . » 829
82. Diritto di pascolo del proprietario e diritto di compascolo propriamente detto . . . . . » 841
83. La comunione del pascolo in diritto germanico e francese » 854
84. Il pascolo comune nel Codice civile italiano. . . . » 867
85. Il recesso dalla comunione o reciprocità dei pascoli . » 882
86. L'utilità generale in contrapposto al recesso . . » 899
87. Competenza discrezionale del tribunale civile . . » 916

Capo III. — Altre servitù minori . . . . . » 934
88. Diritto di estrarre creta o pietra dal suolo altrui . » *ivi*
89. Altre servitù e forme di dubbia assimilazione alla servitù prediale . . . . . » 947
90. Se il diritto di caccia costituisca una servitù prediale » 952

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO ANALITICO

A

Abbandono (**Diritto di**), per evitare l'*onus in faciendo*, I, 226-234. — Storia delle servitù onerarie e della derelizione, I, 234-243.

Abbeveraggio. La *servitus pecoris ad aquam adpulsus* dei Romani, II, 651-656. — Differenza tra *iumenta* e *armenta*, II, 652-653. — *Actus cum itinere* o *sine itinere*, II, 656-663. — Conciliazione tra Paolo e Ulpiano, II, 659-660. — L'acqua che deve servire per il *pecus*, II, 663-669. — Diritti accessori all'*adpulsus*, e in ispecie dello *ius tugurii habendi*, II, 669-676. — Carattere di servitù rustica, II, 676-682. — Confronto con l'opinione di Papiniano, II, 679. — Diritti del proprietario del fondo dominante e obblighi del proprietario del fondo serviente, II, 682-689. — Vedi anche **Passaggio** (**Servitù di**).

Accesso per raccolta (**Servitù di**). *Interdictum de glande legenda*, III, 470-476. — L'art. 537 Cod. civ., III, 477-479. — Natura del diritto tutelato: la *glandis lectio*, III, 479-487. — L'istituto nel diritto attuale, III, 487-489. — Diritto di radunare frutta, III, 947.

Acqua. Uso generale di acque non appropriate e in fondi non impediti, II, 81-84. — Eliminazione delle acque proprie, II, 374-377.

Acqua sorgiva corrente. Possibilità giuridica di eliminare l'acqua allo stato corrente, II, 423-428. — Spinta naturale dell'acqua corrente fuori del fondo di provenienza, II, 428-433. — Concorso dell'opera dell'uomo e l. 11, pr., Dig. 43, 24: II, 433-439. — Lesioni di proprietà e di uso, produzione di danni diretti, II, 439-444. — Utilizzazione delle acque, II, 494-499. — Abolizione della distinzione tra acque vive e acque morte, II, 727-732. — La proprietà universale dell'acqua, II, 732-735, 737-738. — Distribuzione territoriale dell'acqua, II, 735-737. — Appropriazione giuridica dell'acqua ed attingimento, II, 738-744. — Servitù di vasca, II, 739-740 (nota). — Espropriazione giuridica dell'acqua e in ispecie della potabile, II, 744-750 — Sistemazione e distribuzione delle acque per autorità dello Stato, II, 750-756. — Regolamenti pubblici delle acque non appropriate, II, 756-759 — e dopo l'appropriazione, II, 759-761. — Delle cascate d'acqua, II, 761-763. — Nascita, vita e morte delle acque, II, 763-769.

Digitized by Google

Acqua (Attingimento d'). Vedi anche **Pozzo (Servitù di).**
Id. (Concessione d'). Vedi **Acquedotto Convenzionale.**
Id. (Derivazione d'). Vedi **Id. Id.**
Id. (Presa d'). Opinione del GABBA in materia transitoria circa la irretroattività, II, 770-777. — Discussione della casistica di questo autore, II, 777-778. — Disposizioni d'ordine pubblico, II, 778-783. — Cambiamento di diritto pubblico, II, 779 (nota). - Applicazioni alla servitù di presa d'acqua, II, 783-786.

Acquedotto convenzionale. Derivazione di costante determinata acqua corrente: art. 620 Cod. civ., II, 500-505. — Forma della *bocca* o edificio derivatore: art. 620 Cod. civ., II, 505-511. — Interpretazione delle concessioni d'acqua: violazioni e frodi, II, 511-516. — Intervento dell'Autorità giudiziaria per la forma della bocca ed edificio derivatore, II, 516-521. — Dimostrazioni grafiche, II, 518-521. — Interpretazione delle concessioni d'acqua: art. 621 Cod. civ., II, 521-527.

Diritti accessori all'acquedotto convenzionale, II, 527-532. — *Refectio* e *purgatio*, II, 530-531. — Obbligo dello spurgo e della riparazione: art. 642 Cod. civ., II, 532-537. — Proprietà del terreno adiacente e sottoposto, II, 537-542. — Obbligo delle opere di derivazione e condotta, II, 542-548. — Obbligo della manutenzione e conservazione dei manufatti, dell'alveo e delle sponde: art. 649 Cod. civ., II, 548-554. — Dimostrazione grafica, II, 552-554. — L'art. 669 Cod. civ. e le opere di presa e derivazione in rapporto alla prescrizione estintiva, II, 554-559. — Conciliazione tra il frammento di POMPONIO e quello di ULPIANO circa il concetto dell'utilità, I, 347-348 (nota).

Acquedotto legale. Che cosa sia, II, 166-172. — Natura dell'*aquaeductus*, I, 1101-1112. — Discussione sull'art. 598 Cod. civ., II, 172-173 (nota). — Apertura del canale di passaggio, II, 173-178. — Modo di passaggio delle acque: art. 600 Cod. civ., II, 178-183. — Attraversamento di strade pubbliche, fiumi o torrenti, II, 183-190. — Giurisprudenza sull'art. 601 Cod. civ, II, 188-189 (nota). — Condizione per ottenere il passaggio delle acque sul fondo altrui, II, 190-198. — Giurisprudenza, II, 195-196 (nota). — Pagamento dei terreni e risarcimento dei danni: art. 603 Cod. civ., II, 198-205. — Modalità per un passaggio temporaneo intranovennale, II, 205-211. — Giurisprudenza sull'art. 603 Cod. civ., II, 211-212 (nota).

Introduzione di maggior quantità d'acqua nel canale situato in fondo altrui, II, 212-215.

Sostituzione tra ponte, canale e tomba, II, 215-218. — Giurisprudenza sull'art. 605 Cod. civ., II, 218-219 (nota).

Passaggio di scarico delle acque sovrabbondanti, II, 219-223. — Discussione sull'art. 606 Cod. civ., II, 220-221 (nota).

Capisaldi o soglie a punti fissi per la determinazione stabile del fondo del canale, II, 223-229. — Costruzione e manutenzione di opere tecniche di acquedotto, II, 229-236.

Conflitto tra acqua e acqua, II, 230-231. — Conflitto tra *iura itinerum* e *iura aquarum*, II, 232-233. — Art. 608 Cod. civ. e Giur., II, 232-236.

Digitized by Google

Condotte per prosciugamento, II, 236-244. — Storia e letteratura dell'idraulica agraria, II, 236-240 (nota). — Metodo olandese di prosciugamento, II, 242 (nota). — Uso di manufatti altrui pel risanamento di fondi propri, II, 244-252. — Esame dell'art. 611 Cod. civ., II, 252-253 (nota). — Opposizione al prosciugamento di fondo paludoso, II, 253-259.

Appoggio o infissione di chiusa alle sponde, II, 259-263. — Il *fistulam in rivo ponere*, II, 263 (nota). — Divieto di danno altrui nella derivazione e uso delle acque, II, 264-269.

Acquisto della servitù. Diritto romano storico, I, 433-435. — Diminuzione, I, 435-436. — Non corrispondenza tra la perdita del fondo serviente e l'acquisto del fondo dominante, I, 436-439. — La natura dei fondi conciliata con la destinazione, I, 439-441. — Vedi anche **Titolo di costituzione**.

Actus. Servitù tipica in diritto romano, I, 26. — Sua natura, I, 1101-1112.

Actus cum itinere o **sine itinere**. Vedi **Abbeveraggio**.

Actus plenus e **minus plenus, vehiculi** e **iumenti**. Vedi **Passaggio**.

Ad aquam adpulsus (Servitus) Vedi **Abbeveraggio** ed anche **Passaggio**.

Ademprivio. Vedi **Pascendatico**.

Aereo od **etereo** (**Veicolo**). Servitù per tal veicolo, II, 787-790.

Agricole (Università). Vedi **Pascendatico**.

Alloggi militari obbligatori, III, 454-455 (nota).

Altius tollendi e **altius non tollendi** (**Servitus**). Vedi **Innalzamento (Servitù di)**.

Ambitus, I, 29. L'*ambitus* e il *circuitus*, II, 997-1000.

Appoggio. Vedi **Contatto**.

Aqua Servitù tipica in diritto romano, I, 27.

Aquaeductus (Natura dell'), I, 1101-1112.

Aquaehaustus. Vedi **Pozzo (Servitù di)**.

Arena (Diritto di scavare), III, 947.

Atmosfera. Influenza dei fenomeni atmosferici sui rapporti di servitù, I, 126-133.

Avvallamento, I, 119, 124-125.

Azioni petitorie nella servitù prediale: opinione del Voigt, I, 829-832. — Fisionomia dell'azione *confessoria* in diritto romano e nostro: discussione sui testi, I, 833-843. — Confronto tra la confessoria nelle servitù e la confessoria nei diritti reali in generale, I, 843-846. — Ancora della fisionomia dell'azione confessoria: Giurisprudenza, I, 846-851. — L'azione *confessoria*, come *Publiciana:* testi romani, I, 851-854. — Fisionomia dell'azione *negatoria:* testi romani, I, 855-859. — L'azione *negatoria utilis:* testi romani, I, 859-860. — Onere della prova nella negatoria: opinione del Pernice e discussione, I, 861-863. — Cauzione del convenuto, condannato in azione negatoria, I, 863-867.

Azioni possessorie nelle servitù prediali: art. 700 Cod. civ., I, 869-872. — I testi romani e la durata annale, I, 871-874. — Ancora dei testi romani, I, 874-876.

Estensione della tutela interdittale alle servitù prediali, I, 877-881. — Interdetti speciali in diritto romano, I, 881-885 e 881 (nota). —

Digitized by Google

Applicabilità dell'*uti possidetis:* distinzione dagli interdetti speciali, I, 886-890. — Inapplicabilità dell'interdetto *unde vi*, I, 890-895 — e degli altri interdetti relativi alla *res soli:* I, 895-897. — Indole della azione di *manutenzione*, I, 898-902. — Durata e legittimità del quasi-possesso manutenibile, I, 902-908. — Oggetto del quasi-possesso: possesso frazionario, I, 908-914. — Sulla manutenibilità delle servitù imprescrittibili e non sorrette da titolo: opinione del LUPARIA, I, 914-920. — Natura e caratteri dell'azione di *reintegrazione*, I, 921-925. — Storia e confronti con l'interdetto *unde vi* e con l'azione di manutenzione, I, 925-931. — Nozione dello spoglio: art. 695 Cod. civ. e testi romani, I, 931-937. — Applicabilità della *reintegranda* contro i terzi possessori: art. 696 Cod. civ. e procedura, I, 937-942. — Esagerazioni della tutela possessoria, specie per diritto comune, I, 942-948.

B

Bando (Facoltà di), I, 80.
Bonifica. Vedi **Prosciugamento.**

C

Caccia (Diritto di). Storia dei diritti burgensatici di caccia: *Bürgerwald*, *Bürgerjagd*, *Stadtjagd*, III, 952. — Art. 712 Cod. civ., III, 953. — A quali dei volatili si riferisca la caccia, III, 953-954. — Caccia di animali non volatili, ossia di *fiere*, III, 954. — Inseguimento delle fiere, III, 954. — Esclusione di un diritto di caccia del proprietario nel suo fondo, III, 954. — Se il semplice ferimento basti per l'occupazione dell'animale ferito, III, 954-956. — Opinione dei romanisti sulla eventualità di un diritto d'ingresso nell'altrui fondo a scopo di caccia, III, 956-958. — Brillantissima teoria del PEROZZI, III, 958. — Limitazioni e riserve germanico-feudali a un diritto di caccia, III, 958. — La caccia come diritto nobiliare, III, 959 — come diritto di regalia, *ibid.* — Alta e bassa caccia, *ibid.* — Abolizione per la rivoluzione francese, *ibid.* — Limitazioni territoriali, *ibid.* — Concetto moderno della prevalenza del concetto di occupazione o di cattura, al di fuori di ogni riguardo di servitù, *ibid.*
Calce (Diritto di cuocere), III, 947.
Canali — stranieri, II, 61-62 — italiani, II, 62-63. — Carta idrografica dell'Italia, II, 63 (nota). — Canali in Piemonte, II, 64-80.
Cascate d'acqua, II, 761-763.
Causa perpetua, I, 151-197. — La causa perpetua secondo EINECCIO, I, 151-152. — PEROZZI, I, 152 — THIBAUT, I, 153. — PUCHTA e la causa insita come qualità nel fondo serviente, I, 153. — ARNDTS, BIANCHI, BRINZ, ELVERS, I, 153. — KELLER, I, 154. — WINDSCHEID e l'interesse duraturo, I, 153-154. — SERAFINI e l'interesse permanente, HOFFMANN e la natura dell'istituto per il contemperamento dei diritti di proprietà, I, 155. — La causa della servitù e quella della proprietà, I, 156. —

Digitized by Google

— Rassegna di varie cause perpetue, I, 157-158. — DERNBURG e le qualità naturali del fondo dominante e del serviente, I, 159. — SCHRADER e l'esclusione dell'esaurimento del fondo serviente, I, 159. — BÖCHING e la durata o continuità del servizio, I, 160. — Il SALKOWSKI e la distinzione tra perpetua causa in genere e perpetua causa in ispecie, I, 162. — L'HESSE e la continuità dello scopo nella causa perpetua, I, 162-163. — Concetto di PAOLO in *servitus fluminis immittendi* (l. 28, Dig. 8, 2), I, 164-170. — Concetto di ULPIANO in l. 1, § 4, Dig. 43, 22: I, 171-174. — Il FERRINI e la perpetuità di ciò che è continuo e di ciò che non ha fine, I, 174-175. — Se il lago e lo stagno abbiano causa perpetua, I, 175-180. — Il GROSSI e la perpetua causa nell'antico diritto romano, I, 180. — BARTOLO e la confusione tra perpetuità della causa e perpetuità del servizio, I, 181. — La *perpetua causa* come aspetto della *causa civilis*, I, 182. — Influenza della destinazione dell'uomo, I, 183. — La causa perpetua nel senso di sistemazione definitiva per la situazione dei luoghi, I, 184-187. — La causa perpetua nel diritto comune, I, 188. — Il PICINELLI e la perpetuità della causa in rapporto ad una teoria moderna delle servitù prediali, I, 189-191. — La perpetuità della causa come parte del contenuto delle servitù prediali, I, 192-194. — Distinzione tra servigio personale e servitù reale, I, 194-197.

Cimiteri (Zona di rispetto per i), I, 1163. — Regolamento dei sepolcri in materia di distanze, II, 1000. — Diritto romano, *ibid.*

Circuitus e **ambitus**, II, 997-1000.

Classificazione delle servitù prediali. Tendenze diverse, I, 974-977. — Servitù stabilite per fatto dell'uomo, I, 978-981. — Differenza tra servitù continue e discontinue: indole della distinzione, I, 981-988. — Se la distinzione esistesse in diritto romano, I, 988-993. — La distinzione nella dottrina e nella legislazione moderna, I, 994-1004. — Presunzione di tolleranza e di precario, I, 1004-1012. — Applicazioni e confutazione dell'opinione del BIANCHI, I, 1012-1014. — Quando le servitù siano apparenti, I, 1015-1018. — Importanza attuale delle servitù apparenti: art. 1494 Cod. civ., I, 1018-1022. — Differenza tra servitù apparenti e servitù continue, I, 1022-1024. — Costruzione del concetto dell'apparenza accanto a quello della continuità: testi romani, I, 1024-1028. — Struttura delle servitù negative, I, 1029-1031. — Costruzione d'un quasi-possesso delle servitù: opinione del RUGGERI, I, 1031-1035. — Interpretazione dei testi romani, I, 1035-1043. — Particolarità dell'usucapione e del possesso di servitù negative, I, 1043-1047. — Distinzione tra servitù rustiche e urbane. Vedi **Urbane e rustiche (Servitù)**.

Servitù non convenzionali. Vedi **Legali (Servitù)**.

Cloaca. Nozione: diritto romano e sistema francese, II, 445-450. — Cloaca privata e cloaca pubblica secondo i Romani, II, 450-458. — Consuetudini locali del medio evo, II, 458-459. — Transizione ai moderni regolamenti, II, 460-461. — Regolamenti moderni, II, 461-463.

Coercizione (Facoltà di), I, 79.

Collettivi (Dominii). Vedi **Pascendatico**.

Digitized by Google

Compascolo. Vedi **Pascoli (Comunione dei).**

Comunione. Rapporti tra servitù e comunione, I, 70; II, 1071-1078 — in specie dei muri, edifici o fossi, I, 71-74; II, 1072-1073. — Sul criterio desunto dalla direzione del piovente, II, 1073 (nota). — Del muro divisorio tra recinti nei campi, II, 1073-1074. — Comunione *pro diviso* e *pro indiviso*, II, 1074-1075. — Del *modicum praeiudicium*, II, 1075-1077. — Promiscuità di segni esteriori tra servitù e comunione, II, 1077-1078 — Inesattezza del Cod. civ. per la collocazione dei muri, edifici e fossi comuni sotto il capo delle servitù prediali, II, 1078.

Concessione d'acqua. Vedi **Acquedotto convenzionale.**

Concetto di servitù prediale nei vari popoli, I. 5 — presso i popoli moderni, I, 6 — secondo l'autore, I, 63 e seg. Vedi anche **Definizione.**

Consolidazione. Vedi **Perdita o estinzione delle servitù.**

Contatto (Servitù di), III, 284-288 — per semplice appoggio: formulario e struttura della servitù romana *oneris ferendi*, III, 289-296. Vedi anche **Oneris ferendi (Servitus).** — La fisionomia della servitù nel *diritto* vigente: *onus reficiendae parietis*, III, 296-309. — Se l'appoggio possa esercitarsi sopra un tempio, III, 309-317 — se sopra gli edifici scolastici o gli stabilimenti industriali, III, 317-325. — Se il rapporto di confine ne sia il presupposto necessario, III, 325-327. — La distanza o la comunione del muro e gli art. 570 e 571 Cod. civ., II, 1006-1012. — L'acquisto della comunione e la fabbricazione a ridosso, II, 1012-1018.

Contemperamento delle proprietà, I, 6-7.

Contiguità dei fondi, I, 118.

Creta o **pietre (Diritto di estrazione di).** Terreni ingrati alla coltura vegetale, III, 934. — Insufficienza della distinzione tra proprietà del suolo e proprietà del sottosuolo, *ibid.* — Diritto romano, III, 934-938. — Interpolazione di un frammento di Ulpiano, III, 935. — Consuetudine del *caedere lapidem*, III, 935-936. — Natura di tale diritto presso i Romani, III, 936-938. — Il problema minerario ai nostri giorni, III, 938-942. — Diverse legislazioni minerarie, III, 939-941. — Legge montanistica austriaca, III, 939. — Legge sarda del 1859, III, 940. — Suo intento per lo scoprimento e l'esercizio delle zone metallifere, III, 941. — Convenzioni tra privati, III, 941-942. — Valore delle pietre e prevalenza dell'impresa, III, 942-943. — Se in diritto romano si trattasse di servitù, III, 943-946. — Lo *ius vicinitatis* e la consuetudine a questo riguardo, III, 945-946. — Il tipo di servitù in diritto romano, III, 946. — Diritto nostro, III, 946-947.

D

Danno temuto e **danno sofferto.** Vedi **Denuncia di nuova opera.**

Definizione di servitù — secondo il concetto storico romano, I, 11-16 — qualitativa (Celso), I, 33-40 — di Bartolo, I, 38 — di Glück, I, 39 — di Büchel, Elvers, Neuner, Schönemann, I, 40 — di Arnò, I, 43. — Concetto metafisico della servitù, come diritto reale, nella scuola tedesca.

Digitized by Google

I, 40-43. — Concetto della *quantitas rei impositicia* in ULPIANO, I, 35 — lo stesso concetto ripreso dall'ARNÒ, I, 43. — Concetto della distribuzione dell'uso tra la proprietà e la servitù, I, 44.

Definizione dell'ARNDTS, I, 44-45 — del WINDSCHEID, I, 47 — dello SCIALOIA, I, 48 — del BRUGI, I, 51. — Concetto del MAYNZ, I, 54 — del POTHIER, I, 57. — Uffici prediali del ROMAGNOSI, I, 59. — Definizione proposta dall'Autore, I, 63.

Giurisprudenza, I, 83-113 — sulla questione della Villa Borghese in Roma: discussione, I, 93-113.

Denuncia di nuova opera. Ragioni di esclusione della denuncia di nuova opera e delle azioni accessorie (*interdictum demolitorium* e *cautio de opere restituendo*), I, 949-954. — Esame dei testi romani e dell'art. 571 Cod. civ., I, 954-958. — Differenze tra il danno temuto e il danno sofferto, I, 959-963. — Applicabilità o meno delle azioni del diritto romano, I, 963-968. — Se vi siano azioni speciali di danneggiamento in diritto nostro, I, 968-971. — Azioni *ex contractu*, I, 971-973.

Destinazione del padre di famiglia nello sfruttamento delle utilità del fondo, I, 329-332. — Se fosse ammessa in diritto romano, I, 613-621. — Concetto dell'inerenza reale, I, 621-622. — Altri testi romani, I, 622-631. — Critica degli esclusionisti del concetto di destinazione, I, 631-634. — Consuetudini francesi, I, 634-640. — Concetto generale di stato visibile e permanente, I, 641-643. — Legislazione comparata, I, 643-649. — La destinazione nelle servitù legali, I, 649-651. — *Quid* nelle servitù negative, I, 655-660. — Influenza e regolamento nei rapporti vicinali, I, 660-663. — Cambiamento dello stato di fatto nella destinazione, I, 664-670. — Divisione per disposizione *mortis causa*, I, 670-674. — Requisiti ed esame della destinazione per divisione, I, 674-678. — Regolarità dell'interpretazione desunta dalla destinazione, I, 679-683. — Dichiarazione di volontà contraria, I, 683-687. — La destinazione nelle servitù discontinue: art. 632 e 633 Cod. civ., I, 687-688. — Alienazione di fondi con esenzione da servitù, I, 688-690. — Origine dell'iniziativa della destinazione, I, 690-692. — Perdita della servitù per cambiamento nella destinazione, I, 778-780.

Distanze (Servitù delle), II, 995-1005. — Bibliografia, II, 995 (nota) e 1002 (note). — L'*ambitus* e il *circuitus*, II, 997-1000. — Regolamento dei sepolcri, II, 1000. — Sugli atti emulativi in materia di distanze, II, 1005 (nota).

Distanze nelle fabbricazioni. La distanza o la comunione del muro e gli art. 570 e 571 Cod. civ., II, 1006-1012. — L'acquisto della comunione e la fabbricazione a ridosso, II, 1012-1018. — Come si misuri la distanza, II, 1019-1026. — Dimostrazione grafica, II, 1021-1024. — Legislazione comparata anche in rapporto ai regolamenti locali, II, 1026-1030. — Eccezione dell'art. 572 Cod. civ. per l'uso pubblico, II, 1030-1036. — Se le chiese rientrino nell'eccezione, II, 1036-1040. — Empirismo in casi consimili: case comunali in ispecie, II, 1040-1044. — Questioni di diritto transitorio per gli edifici destinati ad uso pubblico, II, 1044-1052.

Digitized by Google

Distanze delle opere nocive. Natura e specie di dette opere, II, 1058-1059. — Sul *vitium aedium, locis* (ed *arborum*), *operis*, e discussione per la *cautio damni infecti*, II, 1053-1055 e 1054 (nota).

Questioni relative alle distanze, II, 1059-1067. — Competenza dei regolamenti, II, 1067-1069. — Competenza del giudice, II, 1069-1070. — Altre specie di distanze, III, 8-11. Vedi **Opere**.

Distanze nelle piantagioni. Vedi **Piantagioni**.

Distinzione della servitù dalle altre categorie di diritti reali, I, 63 e seg. — Id. dalla proprietà e specialmente dal possesso, I, 67. — Id. dalla comunione, I, 70. — Id. dalla comunione del muro, fosso, siepe, I, 71. — Id. dagli usi civici, I, 75. — Id. dal compascolo, *ibid.* — Id. dalla facoltà di coercizione e di bando, I, 79.

Distribuzione delle terre in Roma, I, 15.

Diversione delle acque. Divieto, II, 264-269.

Durata della servitù, I, 133.

E

Edificazioni (**Servitù derivanti da**), III, 4-7.

Edifici (**Servitù degli**) presso i Romani, I, 29.

Edilizi (**Regolamenti**). Vedi **Innalzamento**.

Edilizio (**Sistema**) presso i Romani, I, 28 e seg.

Equità. Prevalenza di essa nell'esercizio della servitù, I, 141-143.

Estinzione delle servitù. Vedi **Perdita**.

F

Falciatura. Vedi **Pascoli**.

Filtrazione d'acqua. Vedi **Stillicidio**.

Finestre. Vedi **Lume** (**Servitù di**).

Fluminis immittendi (**Servitus**). Concetto di Paolo (l. 28, Dig. 8, 2), I, 164-170.

Forni. Vedi **Opere sopra il suolo**.

Fosse d'aisance. Vedi **Opere sotto il suolo**.

Fossi o canali (**Scavamento di**). Vedi **Opere sotto il suolo**.

Frana. (Avvallamento, scoscendimento, voragine), I, 119, 124-125.

Frutti (**Diritto di radunare**), III, 947. Vedi anche **Accesso per raccolta**.

Fumo (**Servitù di**). La *servitus fumi immittendi seu recipiendi* e Ulpiano in l. 8, § 5-7, Dig. 8, 5: II, 795-798. — Negli ambienti industriali moderni, II, 798-801. — Per la latistanza a tronchi ferroviari, II, 801-804.

G

Giacitura (**La**) naturale dei fondi come fattore di servitù, I, 114. — Importanza di essa dal punto di vista giuridico, I, 116.

Giurisprudenza sulla definizione della servitù prediale, I, 83-113.

Glande legenda (**Interdictum de**). Vedi **Accesso per raccolta**.

Digitized by Google

Glandis lectio. Vedi **Accesso per raccolta.**

Grece (**Diritto**). Orazione di DEMOSTENE contro CALLICLE, I, 12-13 (nota). — Esclusione dell'influenza greca sulle servitù in Roma, I, 14.

H

Humus, I, 121-123.

I

Idrografica (**Carta**) d'Italia, II, 63 (nota).

Immissione (**Servitù d'**), II, 791-794. Vedi anche **Tigni immittendi** (**Servitus**).

Inalienabilità delle servitù prediali considerata in rapporto alla loro utilità, I, 360-384. Vedi anche **Pignerabilità.** — Alienazione della servitù da uno ad altro fondo dominante, I, 423-431.

Indivisibilità delle servitù. Origine dal condominio: *pars dominii*, I, 305-309. — Frammenti di POMPONIO e di MODESTINO, I, 309-313. — Dimostrazione grafica, I, 313-318. — I congegni del condominio e della divisione, I, 318-322.

Inerenza reale (**Concetto dell'**), I, 621-622.

Ingresso nell'altrui fondo a scopo di caccia. Vedi **Caccia**.

Innalzamento (**Servitù di**). Bibliografia, II, 932 (nota) e 943 (nota 1). — Servitù attiva d'innalzamento (*usucapio libertatis*) e passiva di non innalzamento, II, 932-937. — Regolamenti edilizi, II, 937-947. — Legge comunale e provinciale, II, 937. — Distinzione tra *servitù edilizia* e *servitù di uso pubblico*, II, 940 (nota). — Regolamento edilizio di Roma, II, 943-944. — Id. di Napoli, II, 944. — Id. di Milano, II, 944-945. — Id. di Torino, II, 945-946. — Id. di Firenze, II, 946. — Id. di Palermo, II, 946-947. — Id. di Venezia, II, 947. — *Servitus altius tollendi* e *altius non tollendi*, II, 947-952. — La *servitus altius tollendi* e l'*usucapio libertatis* contro una *servitus altius non tollendi:* testi e commenti, II, 952-963. — Fisionomia delle due servitù in diritto romano: il *modus altitudinis* e la *vetus forma*, II, 963-970. — Regole relative, II, 970-976. — Servitù positiva o negativa d'innalzamento in diritto italiano, II, 976-980.

Intensità della servitù, I, 134-136.

Interdetti per la tutela delle servitù prediali. Vedi **Azioni possessorie.**

Interposizione dei fondi, I, 120-121. — Fondo circuito, I, 121. — Interposizione per sistemazione territoriale tra il fondo dominante e il principalmente serviente, I, 337-344.

Ipotecabilità delle servitù prediali. Vedi **Pignerabilità**.

Irregolari e **improprie** (**Servitù**). Difficoltà per la costruzione di una categoria di servitù irregolari: testi romani, I, 1153-1155. — Esame della l. 14, § 3, Dig. 34, 1, e interpretazione dello SCIALOIA, I, 1155-1159. — Legislazione positiva attuale, I, 1159-1162. — Delle servitù improprie ed in ispecie delle cosiddette servitù militari, I, 1162-1167. — Zona di rispetto per i cimiteri, I, 1163. — Le parallele nell'assedio di Maestricht

Digitized by Google

del 1673, I, 1165. — Prevalenza dell'atto d'imperio nelle limitazioni per ragioni militari, I, 1167. — Alloggi militari obbligatori, III, 454-455 (nota).

Irrigazione. Vedi **Tempo** (**II**) nell'acquedotto.

Iter, come servitù tipica in diritto romano, I, 26. — Sua natura, I, 1101-1112.

Itineris servitus. Vedi **Passaggio.**

Il *limes* nell'*ager limitatus*, I, 253-258.

Iura itinerum et aquarum, I, 26-28. — Conflitto fra *iura itinerum* e *iura aquarum*, II, 232-233.

L

Legali (**Servitù**) nel senso di non convenzionali. — Storia del concetto: opinione del Brugi, I, 1055-1059. — Rigurgito dell'acqua piovana: dimostrazione grafica, I, 1058-1059 (nota). — Discussione dei testi romani, I, 1059-1065. — Differenza dei rapporti di vicinanza dalle servitù, I, 1065-1072. — Consuetudini francesi, I, 1069-1071. — Avviamento al concetto moderno: il Pothier, I, 1072-1079. — Distinzione del Codice napoleonico (art. 639) e differenza tra gli art. 651 e 652 Codice napoleonico e l'art. 535 Cod. civ. ital., I, 1079-1081. — Controversia sulla classificazione dei rapporti legali da fondo a fondo, I, 1081-1086. — Regolamenti generali dei beni, I, 1086-1093. — Su di un quasi-contratto di vicinanza, I, 1093-1094. — La destinazione nelle servitù legali, I, 649-651.

Limes, come *ius itineris*, nell'*ager limitatus*, I, 253-258.

Limitazioni alla condotta del proprietario del fondo dominante, rispetto alla facoltà del proprietario del fondo serviente, I, 278-283. — Limitazioni dell'attività umana nelle forme di utilizzazione di un fondo, I, 332-337.

Luce. Vedi **Lume**.

Lume (**Servitù di**). Bibliografia, II, 824 (nota). — *Servitus luminum* e *ne luminibus officiatur*, II, 824-829. — Preteso concetto romano di una servitù d'ombra: l'*excipere lumina* e il *rapere solem*, II, 829-835. — Costituzione Zenoniana e testimonianza di Armenopulo, II, 835-841. — Distinzione tra luci e vedute in diritto francese e in diritto nostro, II, 841-848. — Il *luminibus officere per refractionem* di Paolo in l. 17, § 2, Dig. 8, 2: II, 848-856. — Diritto statutario e consuetudinario di finestra e di luce, II, 856-863. — Della facoltà di praticare aperture in diritto italiano, art. 583 Cod. civ., II, 863-871. — Le finestre con inferriate o invetriate fisse e la comunione del muro, II, 871-878. — Loro altezza sul pavimento o suolo, e luce nella maggiore altezza su di un muro comune, II, 879-890. — Distanze per le *vedute dirette* o *finestre a prospetto*, II, 890-896. — Veduta *di prospetto, nascosta, di riscontro, a tegola, ad occhio di bue*, II, 891 (nota). — Dimostrazione grafica, II, 895-896. — Distinzione tra luce e prospetto, II, 920-925. — Regime delle vedute laterali e oblique: art. 588 Cod. civ., II, 896-903.

Digitized by Google

— Dimostrazione grafica, II, 899-900. — Riforma del Cod. civ., II, 900 (nota). — Regole per misurare la distanza e l'art. 589 Cod. civ., II, 903-913. — Dimostrazione grafica, II, 904-906. — Distanza delle nuove fabbriche dalle vedute dirette preesistenti, II, 913-919.

M

Melior causa (**Concetto positivo della**) nel fondo dominante, I, 349-350.
Militari (**Servitù**). Vedi **Irregolari** e **improprie** (**Servitù**).
Mineraria (**Legislazione**). Vedi **Creta.**
Minimo mezzo (**Legge del**). Applicazione tipica alla servitù di passaggio, I, 291-293 — alle opere di uso e di conservazione in generale, I, 293-294 — al divieto generico delle innovazioni, I, 294 — nel caso di divisione del fondo dominante, I, 294-297. — Distinzione pratica tra innovazione all' esercizio di servitù preesistente ed esercizio di servitù nuova (art. 646 Cod. civ.), I, 297-299. — Applicazioni diverse, I, 299-301.
Criteri teorici e pratici riguardo allo spostamento del luogo serviente, I, 301-304. — L'art. 645 Cod. civ. sullo spostamento del luogo serviente in rapporto alla legge del minimo mezzo, I, 258-264.
Misura delle servitù, I, 146. — Valutazione oggettiva, I, 147. — Valutazione soggettiva, I, 148.
Modus, I, 23. — Nella definizione del Serafini e del Gianturco, I, 46.
Muro comune. Vedi **Comunione, Contatto, Tigni immittendi** (**Servitus**)

N

Notte. Limita l'esercizio di alcune servitù, compatibili solo nelle ore del giorno, I, 141.

O

Ombra. Preteso concetto romano d'una servitù d'ombra. Vedi **Lume.**
Onerarie (**Servitù**). Vedi **Oneris ferendi** (**Servitus**).
Oneris ferendi (**Servitus**). Tipo delle servitù passive, I, 198-203. — Lavori sul fondo serviente per la *refectio*, I, 203-208. — *Lex aedium* o *pactum refectionis*, I, 208-223. — Differenza dalla *servitus tigni immittendi*, I, 223-226. — Diritto di abbandono per evitare l'*onus in faciendo*, I, 226-234. — Storia delle servitù onerarie e della derelizione, I, 234-243. — Giurisprudenza, I, 243-248. — Vedi anche **Contatto**
Opere sopra il suolo, opifici e stabilimenti industriali in ispecie (art 574 Cod. civ.), III, 12-13. — Se i fornelli dei farmacisti e dei tintori si debbano assimilare ai *forni* previsti in detto articolo, III, 13. — Se i pollai, le conigliere, gli ovili, i porcili e i serragli di belve siano assimilabili alle stalle (art. cit.), III, 13. — Intervento dell'Autorità giudiziaria, III, 14-15. — Interpretazione dell'art. 574, III, 15-18. — Conflitto teorico e pratico tra l'industria e la proprietà, III, 18-25. — Criteri pratici del giudice, III, 25-33.

Digitized by Google

Opere sotto il suolo. Scavamento di fossi o canali, III, 34-41. — Dimostrazione grafica, III, 34-37. — La lontananza uguale alla profondità, regola del tutto empirica, III, 37-38. — *Fosse d'aisance* dell'art. 674 Codice napoleonico, e nessun rapporto col diritto romano, III, 38-39. — Misura della distanza legale *ateniese* e l'art. 576 Cod. civ., III, 41-48. — *Scarpa* od *opere di sostegno* (art. cit.), III, 48-56. — Dimostrazione geometrica della formula d'inclinazione, III, 49-51. — Id. per il calcolo della spinta nel sostegno, III, 52-53. — Calcolo algebrico dell'equilibrio nel muro di terrapieno, III, 53-55. — Il valore della forza di coesione tra le terre di un terrapieno, III, 49-50 (nota). — Scavamento di fossi o canali presso a un muro comune: art. 577 Cod. civ., III, 56-63. — Apertura di sorgenti, stabilimenti di capi od aste, di fonti, canali od acquedotti, o spostamenti del loro letto, variazioni di pendio o di forma: art. 578 Cod. civ., III, 63-71. — Ingerenza dell'Autorità giudiziaria in caso di contestazione, III, 71-80.

Orientale (**Diritto**), presso gli ebrei, I, 11-12 (nota) — nel Nuovo Testamento, I, 12 (nota).

Origine delle servitù prediali nel diritto romano. Vedi **Preromano** e **Romano primitivo** (**Diritto**).

P

Pali di sostegno (**Diritto di prendere**), III, 947.

Pascendatico (**Abolizione del**). Vecchia teoria del pascendatico come servitù civica, III, 495-503 — Il Montesquieu e il pascolo, III, 495. — Bolla di Paolo III nel 1543, III, 496. — Relazione 1801 del Vergani alla Congregazione economica di Roma, III, 497. — Dottrina di Pietro Arduino per il Veneto, III, 497 — di Francesco Gemelli per la Sardegna, *ibid.* — di Melchiorre Delfico per gli Abruzzi, III, 497-498. — Leggi toscane giudicate dal Vergani, III, 498. — *Motu proprio* di Pio VII del 1802, III, 501. — Legislazione abolitiva prima e dopo l'unificazione, III, 501. — Progetto Grimaldi del 1884, III, 502.

Teoria nuova svolta nella relazione Zucconi sul progetto Grimaldi, III, 503-512. — Esposizione del primo progetto Grimaldi (1884), III, 513-522. — Primo controprogetto Zucconi della Commissione parlamentare (1886), III, 522-533. — Secondo progetto Grimaldi, III, 533-544. — Secondo controprogetto Zucconi della Commissione parlamentare, III, 544-556. — Terzo progetto Grimaldi (1887), III, 556-569. — Terzo controprogetto parlamentare Zucconi, III, 569-584. — Progetto concordato tra Ministero e Commissione parlamentare (1887), III, 584-596. — Modificazione del Senato, III, 596-609. — Relazione Grimaldi e Zucconi sul progetto modificato dal Senato, III, 609-621. — Nuova legge 24 giugno 1888 e regolamento 29 agosto 1889, III, 621-633. — Valore territoriale della legge, III, 633-645. — Perchè la legge abolitiva sia limitata alle sole ex-provincie pontificie, III, 641-645. — Natura e derivazione del pascendatico, III, 645-655. — Diritto di affrancazione, III, 655-667. — Canone, III, 667-680. — Devoluzione della indennità,

Digitized by Google

III, 680-694. — Elenchi del pascendatico, III, 694-709. — Delle Giunte d'arbitri, III, 709-729. — Appelli da esse, III, 729-737. — Ricorsi al Ministero d'Agricoltura, III, 737-753. — Effetto della legge, III, 753-767. — Relazione Canevari, III, 760 (nota). — Disposizione transitoria dell'art. 19 della legge, III, 767-775. — Lavori dell'ultima Commissione ministeriale, III, 775-797. — Legge 4 agosto 1894 sull'ordinamento dei dominii collettivi, 777-779. — Nomina nel 1905 di una Commissione per la legge del 1891 e 1894, III, 778. — Arringa del ministro Rava, III, 778-779. — Relazione Tittoni, III, 780-781. — Dati statistici, III, 780 e 782. — Idee del Giolitti sulle agitazioni agricole, III, 783. — Questioni di proprietà, III, 783-785. — Storia delle legislazioni, III, 786-787. — Cattiva prova delle quotizzazioni, III, 789-790. — La legge napoletana 2 agosto 1806, III, 786 e nota. — L'acceleramento della divisione dei beni comunali e commissari ripartitori nelle provincie meridionali, III, 786-787 (nota). — Altre disposizioni di questa legge, III, 787-788 (nota). — *Vidazzone* e *ademprivio* sardo, *pensionatico* e *vangatico* veneto, III, 786. — Invasione violenta e azioni possessorie, III, 795-797. — Legge 2 luglio 1891 e testo unico 3 agosto 1891, III, 797-811. — Personalità giuridica dei dominii collettivi e università agricole, III, 806-810. — Regolamento 6 agosto 1891 per l'esecuzione del testo unico, III, 811-818.

Pascoli (Comunione dei). Bibliografia, III, 819 (nota). — Distinzione della servitù prediale dagli usi civici e in ispecie dal compascolo, I, 75-79. — L'esercizio della servitù di pascolo limitato dalle stagioni, I, 138. — Il pascolo presso i Greci, I, 13 (nota). — La *servitus pascendi* e il pascolo comune in diritto romano, III, 819-829. — Valore dei *gromatici veteres*, III, 827. — Possibili limitazioni della servitù di pascolo, III, 829-841. — *Pastio agrestis* e *pastio villatica*, III, 830. — Che significhi il *civiliter utendum*, III, 832. — La falciatura in Italia, III, 832-833. — Limitazioni utili e necessarie alla proprietà, III, 839-840. — Limitazioni massime e minime, III, 840-841. — Diritti di pascolo del proprietario e diritto di compascolo, III, 841-854. — Definizione del compascolo data dallo Hellfeld, III, 848. — Diritto di comunanza presso i Romani, III, 853-854. — La comunione del pascolo in diritto francese e in diritto germanico, III, 854-867. — *Pâturage* e ordinanza forestale del 1669, III, 854. — Legge 6 ottobre 1791 sulla polizia rurale in Francia, III, 855. — Decisioni 9 maggio 1777 e 12 novembre 1778 del Parlamento di Parigi, III, 857-858. — *Vaine-pâture*, III, 860. — Il titolo e il possesso immemorabile in Francia, III, 860. — Decisione 2 aprile 1745 del Parlamento di Reims, III, 861-862. — Tipi di comunione di pascolo in diritto germanico, III, 863-864. — *Koppelhut* o *Koppelweide*, III, 864. — Soverchia estensione del concetto di servitù in diritto germanico, III, 865. — L'agricoltura e il sistema distributivo della proprietà, III, 866. — Proprietà dello Stato, III, 867. — Il pascolo comune nel diritto italiano, III, 867-882. — Lo *ius civitatis*, III, 869. — Duplice categoria dei pascoli comuni in diritto romano secondo il Venezian, III, 868. — Usi civici sopra beni di persone distinte dagli utenti, III, 870-873. —

Digitized by Google

Usi civici collettivi sui fondi proprii della collettività utente non elevata a persona giuridica, III, 873-874. — Id. elevata a persona giuridica, III, 874. — L'art. 682 Cod. civ. e la reciprocità dei pascoli, III, 876-882. — Il recesso dalla comunione o reciprocità dei pascoli (art. 682 Cod. civ.), III, 882-899. — L'utilità generale contrapposta a recesso (art. cit.), III, 899-916. — Competenza discrezionale del tribunale civile secondo lo stesso articolo, III, 916-929. — Compenso ai danneggiati dal recesso, III, 929. — Corrispondenza tra la cessazione totale o parziale della reciprocità e quella del recesso, III, 929. — Effetti della reciprocità, III, 930. — Equilibrio tra i terreni e le greggi: eccezioni alla regola generale, III, 931-932. — Dichiarazioni dei reciprocisti, III, 932-933. — Effetti del recesso di fronte ai terzi, III, 933.

Passaggio (**Servitù di**), III, 354-362. — La *servitus itineris:* storia e dottrina, III, 363-371 — presso i Greci, I, 13 (nota) — presso i Romani, I, 16-17. — Requisito della necessità in diritto moderno, III, 371-381. — Concetto rigoroso dell'opportunità (art. 593 Cod. civ.), III, 381-395. — Indennità per l'onere relativo (art. 594 Cod. civ.), III, 395-405. — Cambiamento di destinazione del fondo serviente (articolo 595 Cod. civ.), III, 405-414.

Trasporto di mobili e di semoventi diverso dal semplice passaggio, III, 415-423. — L'*actus plenus* e *minus plenus*, *vehiculi* e *iumenti*, III, 423-432. — Se si tratti di una qualificazione *de persona ad rem*, III, 430-431. — Se vi siano inclusi i *iumenta* ed esclusi gli *armenta*, III, 433. — Determinazione del luogo, III, 434. — Celso e la via attraverso fondo altrui, III, 435-437. — Sulla sistemazione del suolo, III, 437-442. — La *servitus pecoris ad aquam adpulsus*, III, 443-453. — Complicazione della servitù di pozzo con quella di passaggio, II, 615-622. — Influenza delle stagioni sull'esercizio della servitù di transito, I, 138. — Applicazione della legge del minimo mezzo al passaggio, I, 291-293.

Penetrazione di persone (**Servitù con**), III, 345-353.

Pensionatico. Vedi **Pascendatico**.

Perdita od estinzione della servitù prediale, I, 693-702. — *Statutus dies*, I, 695-696. — Differenze tra cause di estinzione nelle servitù prediali e nelle personali, I, 698-702. — Cause generali di estinzione, I, 702-705. — Consolidazione e sua costruzione: la regola *nemini res sua servit*, I, 706-711. — Unione della servitù con la comproprietà: complicazioni, I, 711-715. — Reintegrazione di servitù consolidata, I, 715-722. — La consolidazione nel diritto civile italiano, I, 722-726. — Se si possa applicare il concetto di risurrezione anche alla consolidazione (art. 663 Cod. civ.), I, 726-731. — Concetto generale della prescrizione estintiva: art. 666, 2137, 1932, n. 20, Cod. civ., I, 732-740. — Diritto romano, I, 740-745. — L'*usucapio libertatis* nello stato permanente: Windscheid, I, 745 (nota). — Requisiti in diritto romano per la prescrizione estintiva delle servitù e per la corrispondente *usucapio libertatis*, I, 745-753. — Sostituzione della contraddizione del proprietario del fondo serviente all'*usucapio libertatis* (art. 667 Cod. civ.), I, 753-757. — Prescrizione del *modo* della servitù (art. 668 Cod. civ.), I, 757-763. — La regola

Digitized by Google

tantum praescriptum quantum possessum, I, 763-766. — Il perimento della cosa serviente nell'usufrutto e nelle servitù prediali specialmente nel diritto romano, I, 767-771. — Perimento volontario e perimento casuale, I, 771-775. — Perimento parziale, I, 775-776.

Perdita per cambiamento nella destinazione, I, 778-780. Vedi anche **Trasformazione.** — Estinzione della servitù per rinunzia. Vedi **Rinunzia.**

Perimento della cosa serviente. Vedi **Perdita.**

Pesca (**Servitù di**). — La *piscatio thynnaria* o pesca di tonno nella l. 13, pr., Dig. 8, 4: III, 947. — Se sia una servitù negativa, III, 947-948. — Se si tratti di una *condictio agri*, III, 948. — Discussione sulla natura del diritto, III, 948-951. — Titolo di trasferimento particolare, III, 949-950. — Se si tratti di *successio in universum ius*, III, 951. — La suggestione del tipo romano nei commentatori, III, 951-952.

Piantagioni. Che cosa siano e importanza giuridico-economica, III, 81-88. — Vegetazione spontanea, III, 81-82. — Gli alberi vivi come immobili e l'art. 410 Cod. civ., III, 82-83. — Diritto romano, III, 83. — L'albero come accessorio nelle servitù prediali per le radici e per i rami, III, 85-86. — Le piantagioni al confine tra due fondi, III, 88-97. — Diritto di immettere radici per ragioni di vicinanza, III, 947. — Distinzione botanica tra alberi di alto e non alto fusto (art. 579 Cod. civ.), III, 97-105. — Non adozione di un *punctum discriminis*, contraddizioni, III, 98-99. — Enunciazione *demonstrationis causa*, III, 100. — La distinzione non accolta dagli Ateniesi nè dai Romani, III, 101. — Importanza dell'ulivo e del fico nella giurisprudenza classica, III, 102-104. — Irrilevanza dello sviluppo delle radici, III, 104-105. — Dei frutici od alberi nani (art. 579 Cod. civ.): discussione e *bavardage*, III, 105-112. — Altre specie di piantagioni, massime per quanto concerne il taglio, III, 112-118. — Sostituzione del muro alle distanze (art. 579 Cod. civ.), III, 118-125. — Piantagioni di bosco, di canale e lungo le strade comunali, III, 126-132. — Diritto di estirpazione delle piantagioni abusive, III, 132-139. — Se le distanze possano aumentarsi dal giudice, III, 139-147. — Diritti acquisiti o prescritti contro le distanze legali: disposizioni transitorie, III, 147-158. — Modo di misurare le distanze, III, 158-167. — Possibilità di variazioni contrattuali, III, 167-176. — Applicabilità delle azioni possessorie, III, 176-185. — Le piantagioni in diritto romano, III, 185-195.

Pietre (**Estrazione delle**). Vedi **Creta** o **pietre** (**Diritto d'estrazione di**).

Pignorabilità. Esegesi delle fonti romane, I, 365-372. — Destinazione della servitù in rapporto alla pignorabilità, I, 372-373. — Ipotecabilità delle servitù prediali e l'art. 1967 Cod. civ., I, 373-377. — Inalienabilità di servitù prediale senza l'alienazione del predio: uso ed abuso dell'argomento tratto dal concetto dell'utilità, I, 377-380. — Obbiezioni desunte dai concetti d'inerenza e di utilità, I, 380-385.

Pozzo (**Servitù di**). *Servitus aquae haustus* dei Romani, II, 596-603. — Frammenti di Pomponio, Paolo, Modestino e Nerazio, II, 596-597. — Parafrasi di Teofilo, II, 597. — Possibilità di esercitare l'*haustus* da corso d'acqua scoperto, II, 601-602. — L'*haustus* al proprietario del fondo attraversato, II, 602-603. — La *servitus aquae haustus* e l'attingimento dal pozzo,

Digitized by Google

dalla sorgente, dal corso d'acqua in *agro alieno*, II, 603-604. — Contenuto materiale dell'*haustus*, II, 604-605. — Mancanza di opere permanenti nell'*haustus* e sue conseguenze, II, 605-607. — Esclusione del proprietario dall'*haustus*, II, 607-608. — La servitù di pozzo e l'opera dell'uomo: attingimento e trasporto, II, 608-615. — Complicazione con la servitù di passaggio, II, 615-622. — Abbondanza, stato normale e scarsezza delle acque del pozzo, II, 623-629. — Diritto del proprietario del fondo dominante, II, 630-637. — Sua qualità reale, II, 631-632. — Obbligazioni del proprietario del fondo serviente, II, 637-643. — Attraversamento di fondi interposti e sua natura giuridica, II, 643-650. — Dimostrazione grafica, II, 649-650.

Preromane e romano primitivo (Diritto prediale). Diritto italico, specie nell'Etruria e nell'Umbria, I, 14 (nota). — Reazione del diritto provinciale sul romano, I, 14 (nota). — Il *dominium ex iure Quiritium* e il *vectigal*, I, 15. — *Iura itinerum et aquarum*, I, 16. — Concetto dei rapporti minimi di vicinanza, I, 17. — Servitù legali dopo la soppressione dei *limites*, I, 17. — Origine stereotipa delle servitù a tipo (*rivus*, *aqua*, *iter*, *actus*), I, 18. — Sulla possibilità di figure tipiche di servitù prediali, *ibid.* — I *iura praediorum* secondo Celso e Ulpiano, I, 19-20.

Prescrizione estintiva delle servitù. Vedi **Perdita delle servitù**.

Id. del *modo* della servitù. Vedi **Perdita delle servitù.**

Prelicendi vel protegendi (Servitus). Vedi **Sporto (Servitù di)**.

Prosciugamento. Condotte per prosciugamento, II, 236-244. — Storia e letteratura dell'idraulica agraria, II, 236-240 (nota). — Metodo olandese di prosciugamento, II, 242 (nota). — Uso di manufatti altrui pel risanamento di fondi proprii, II, 244-252. — Esame dell'art. 611 Cod. civ., II, 252-253 (nota). — Opposizione al prosciugamento di fondo paludoso, II, 253-259. — Necessità di mezzi giuridici per il prosciugamento artificiale, II, 464-469. — Conflitti tra utilità pubblica e utilità privata, II, 469-475. — Prosciugamento dell'Agro romano, II, 471-472 (nota). — Conflitto tra l'interesse di prosciugare un fondo e la destinazione di altro fondo, II, 475-481. — Uffici del genio civile in Italia e quanto male funzionanti, II, 479 (nota). — Se le acque emesse possano disperdersi o debbano immettersi in un corso naturale, II, 481-487. — L'articolo 610 Cod. civ. e l'economia agricola, II, 487-493. — Il prosciugamento in rapporto alla servitù prediale, II, 690-696. — Bonificazione del Fucino e dell'Agro romano, *ibid.* — Vari bonificamenti in Italia, II, 696-698. — La bonificazione e l'ambiente malarico, II, 698-702. — Storia del prosciugamento del lago Fucino, II, 702-705. — Bibliografia relativa, II, 702-703 (nota). — Dati tecnici del prosciugamento del Fucino, II, 705-706. — Storia del bonificamento dell'Agro romano, II, 706-710. — Vari metodi di bonificamento, II, 706 (nota). — Bibliografia e letteratura del bonificamento dell'Agro romano, II, 707 (e nota)-710. — Dati tecnici, II, 710-711. — Storia del bonificamento delle paludi Pontine, II, 711-714. — Bibliografia, II, 711-712 (nota). — Bonifica di Burana e storia relativa, II, 714-716. — Bibliografia relativa, II, 714 (nota). — Bonifica della Val di Chiana e storia, II, 716-719. — Biblio-

Digitized by Google

grafia, II, 719 (nota). — Bonifica delle maremme toscane: storia e tecnica, II, 719-723. — Bibliografia, II, 720 (nota). — Della bonifica del bacino inferiore del Volturno, II, 723-726. — Bibliografia relativa, II, 723 (nota).

Prospetto (**Servitù di**). Distinzione tra luce e prospetto, II, 920-925. — Origine, attuazione, estinzione della servitù relativa, II, 925-931. — Distanze per le vedute dirette o finestre a prospetto, II, 890-896.

Prova (**Onere della**) nell'azione negatoria: opinione del PERNICE e discussione, I, 861-863.

Pubblico (**Il diritto**) prevale sul privato nell'esercizio della servitù, I, 143.

Q

Qualità del fondo. Nozione di CELSO e sue trasformazioni, I, 33-40. — La qualità dei terreni considerata come fattore di servitù, I, 121. — La qualità del fondo dominante nella distinzione tra servitù urbane e rustiche, I, 1112-1115.

Quantità della servitù, I, 133. — Calcolo di essa, I, 135. — Importanza della ricerca della quantità, I, 149.

Quantità delle acque. Modulo: unità di misura, II, 270-275. — Unità secondarie (*oncia, zappa, darbo, aquila, denaro, penna*) e varie specie di moduli: loro calcolo decimale e modo di valutazione, II, 271-272 (nota). — Appartenenza della coda d'acqua e disciplina del capo d'acqua, II, 275-283. — L'acqua come forza motrice: art. 628 Cod. civ. — Divieto del ribocco o ristagno, II, 283-291. — Responsabilità del concedente per le deficienze dell'acqua, II, 291-302. — Chi debba sopportare la deficienza dell'acqua, II, 302-303. — Applicazione dell'art. 652 Cod. civ., II, 303-304 (nota). — Divieto del cambiamento d'uso a danno della restituzione del sopravanzo, II, 304-311. — Divieto della deviazione degli avanzi o scoli destinati alla restituzione, II, 311-320. — Conciliabilità della servitù degli scoli col libero uso dell'acqua, II, 320-333.

Quasi possesso. Durata e legittimità del quasi-possesso manutenibile, I, 902-908. — Oggetto del quasi-possesso: possesso frazionario, I, 908-914. — Costruzione d'un quasi-possesso delle servitù: opinione del RUGGERI, I, 1031-1035.

R

Radici (**Diritto d'immettere**): ragioni di vicinanza, III, 947.

Recesso dalla comunione dei pascoli. Vedi **Pascoli** (**Comunione dei**).

Regole generali per le servitù prediali e loro possibilità, I, 285-290.

Rigurgito delle acque (**Divieto del**), II, 264-269 — dell'acqua piovana, I, 1058-1059 (nota).

Rinunzia. Come causa di estinzione della servitù. Carattere giuridico della rinunzia: *animus* e *corpus*, I, 803-806. — Chi possa rinunziare, I, 806-811.

Digitized by Google

— Rinunzia espressa, I, 811-816. — Rinunzia tacita, I, 816-820. — Effetti e interpretazione della rinunzia, I, 820-825.
Riparazione del canale. Vedi **Spurgo**.
Id. del muro comune o di sostegno. Vedi **Oneris ferendi** (**Servitus**).
Risanamento. Vedi **Prosciugamento**.
Rivus come servitù tipica in diritto romano, I, 27. — Si esercita secondo le stagioni, I, 138.
Rumori (**Pretesa servitù dei**) e l'art. 574 Cod. civ., II, 981-994.
Rustiche (**Servitù**). Vedi **Urbane** e **rustiche** (**Servitù**).

S

Scarpa. Vedi **Opere sotto il suolo**.
Scolo delle acque. Presso i Greci, I, 12 (nota). — Per la posizione dei fondi, II, 85-90. — Diritto romano, II, 90-95. — Sua concordanza con l'art. 535 Cod. civ., II, 95-97. — Applicazione del principio del deflusso naturale, II, 97-100. — Aggravamento della servitù di scolo naturale, II, 100-104. — L'art. 536 Cod. civ. e il regolamento e sistemazione degli scoli, II, 104-108. — Tavola dimostrativa, II, 105. — Riparazione alle sponde e agli argini, II, 108-120. — Rimozione d'ingombro, II, 120-125. — Contributo alle spese, II, 125-130. — Uso di sorgente nel fondo proprio, II, 130-140. — Significato delle parole *fons* e *flumen* secondo Ossig, II, 133-134 (nota). — Divieto di deviazione della corrente adoperata ad uso pubblico, II, 140-146. — Facoltà ed uso di acqua sorgente nel proprio fondo: art. 543 Cod. civ., II, 146-156. — Intervento dell'Autorità giudiziaria, II, 156-159. — Regole generali per l'uso e disposizione di acque proprie e di acque possedute, II, 159-165. — Servitù attiva di scolo, II, 560-565. — Acquisto per prescrizione e sua decorrenza, II, 565-571. — Presunzione di uso, II, 571-577. — Precario, II, 575-576. — Liberazione dalla servitù di scolo e art. 656 Cod. civ., II, 577-583. — Servitù attiva della restituzione degli scoli, II, 583-589. — Divieto della deviazione degli scoli destinati alla restituzione, II, 311-320. — Conciliabilità della servitù degli scoli col libero uso dell'acqua, II, 320-333. — Libertà di uso del proprietario malgrado la servitù di scolo, II, 589-595.
Scescendimento, I, 119, 124-125.
Sepolcri. Vedi **Cimiteri**.
Servitus servitutis esse non potest (l. 1, Dig. 33, 2), I, 390. — Conciliazione con la legge 33, § 1, Dig. 8, 3: I, 390-400. — Discussione dei romanisti moderni, I, 395-397 e 397 (nota), 400-410. — Ricostruzione del frammento di Africano, I, 410-418. — Diritto moderno, I, 418-431. — Alienazione della servitù da uno ad altro fondo dominante, I, 423-431.
Servitutis vindicatio, I, 21.
Sfruttamento delle utilità di un fondo. Vedi **Utilità**.
Id. di una qualità esauribile del fondo serviente, I, 137.
Id. diretto (**Servitù di**), III, 490-494.

Digitized by Google

Sistema distributivo della proprietà e l'agricoltura in diritto germanico, III, 866.
Soggetti nell'esercizio della servitù. Atti superflui del proprietario, I, 266-269. — Inerzia del proprietario rispetto alla servitù, I, 269-274. — Ingerenza non privilegiata sul fondo serviente per l'esercizio delle servitù, I, 274-278. — Limitazioni alla condotta del proprietario del fondo dominante rispetto alla facoltà del proprietario del fondo serviente, I, 278-283.
Sopravanze d'acqua destinato alla restituzione. Vedi **Quantità delle acque**.
Sorgente (**Attingimento d'acqua dalla**). Vedi **Pozzo**.
Sorgente in fondo proprio. Vedi **Scolo**.
Sostegno (**Opere di**). Vedi **Opere** sotto il suolo.
Sottosuolo (**Il**) come causa di trasformazione dell'aspetto dei terreni, I, 123-126.
Spoglio. Vedi **Azioni possessorie**.
Sporto (**Servitù di**), III, 196-200. — Diritto d'invadere coi rami lo spazio soprastante al vicino, III, 201-209. — Costruzione di questa servitù in rapporto alle distanze legali, III, 210-219. — Contrasto immediato coi diritti del vicino consenziente, III, 219-228. — Sporgenze in legname o muratura o metallo: danno e pericolo, III, 229-236. — Legge delle distanze e legge della non invasione, III, 237-245. — Conseguenze della natura inorganica di tali sporgenze, III, 245-255. — Diritto alla amputazione o demolizione di esse, III, 255-264. — Ristabilimento del diritto violato e mezzi giuridici, III, 264-272. — La *servitus proiiciendi et protegendi* in diritto romano, III, 273-281. — Esclusione della *operis novi nuntiatio*, III, 281-283.
Spostamento del luogo serviente (art. 645 Cod. civ.), I, 249. — La *commutatio loci* nelle parti del fondo, I, 249-253. — Il *limes* come *ius itineris* nell'*ager limitatus*, I, 253-258. — Ancora dell'art. 645 Cod. civ. in rapporto con la legge del minimo mezzo, I, 258-264. — Giurisprudenza, I, 264-265. — Criteri teorici e pratici della legge del minimo mezzo riguardo allo spostamento, I, 301-304.
Spurgo e **riparazione del canale**. Riparazione alle sponde e agli argini, II, 108-120. — Rimozione d'ingombro, II, 120-125. — Contributo alle spese, II, 125-130. — La *purgatio* e la *refectio* in diritto romano, II, 530-531. — Obbligo dello spurgo e della riparazione, art. 642 Cod. civ., II, 532-537.
Stagioni (**Influenza delle**) sull'esercizio delle servitù, I, 138 — in ispecie della servitù d'acquedotto, vedi **Tempo** (**Il**) nell'acquedotto.
Stagnamento delle acque (**Divieto di**), II, 264-269.
Stalle per le distanze, vedi **Opere** sopra il suolo.
Sterquilinio (**Servitù di**). Che cosa sia, II, 805-810. — Frammento di ALFENO, II, 808 (nota). — Nel diritto italiano vigente: l'art. 573 Cod. civ., II, 810-816.
Stillicidio e **filtrazione**. L'art. 591 Cod. civ., II, 378-384. — *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi vel avertendi*, II, 385-391. — Differenza tra l'acqua di stillicidio e l'acqua corrente o *flumen*, II, 391-397. — Destinazione del padre di famiglia, II, 397-403. — Rapporto tra l'eliminazione e l'utilizzazione delle acque piovane: convenzioni private, II,

Digitized by Google

403-410. — Filtrazione capillare, II, 410-416. — Le nuove opere e la filtrazione, II, 416-422.

Struttura delle servitù, I, 8.

Suolo (**Utilizzazione del**). Servitù: distinzione tra suolo proprio e suolo altrui, III, 1-3.

T

Tempo (**Funzioni del**) rispetto al titolo. Vedi **Titolo**.

Tempo (**Il**) nell'acquedotto. Durata dell'esercizio dell'acqua estiva, iemale, mensile, settimanale, diurna, notturna, oraria, II, 334-347. — Bisogno dell'irrigazione agricola in ispecie per il prato, II, 340-344 (nota) — per gli orti, II, 345 (nota) — per i molini, II, 345-346 (nota). — Quantità teorica, II, 346 (nota). — Economia delle acque irrigatorie, II, 347 (nota). — Distribuzione delle acque per giorni e per notti, II, 347-351. — Uso delle acque nei giorni festivi, II, 351-354. — Il tempo nella distribuzione per ruota o tornaria, II, 354-360. — Il turno nelle acque sorgenti o sfuggite, II, 360-366. — Variazione o permuta del turno convenzionale, II, 366-373. — Responso di Pomponio in l. 2, Dig. 43, 20: II, 371.

Terrapieno. Vedi **Opere** sotto il suolo.

Tigni immittendi (**Servitus**). Differenze dalla *servitus oneris ferendi*, I, 223-226. — Diritto di abbandono per evitare l'*onus in faciendo*, I, 226-234. — Tipo della servitù romana *tigni immittendi*, III, 328-335. — Portata meccanica dell'immissione del *tignum*, III, 335-344. — Dimostrazione grafica, III, 335-339.

Titolo di costituzione, I, 442-450. — Se sia necessaria la tradizione oltre il titolo, I, 443-450. — *Titulus acquirendi* e *modus acquisitionis*, I, 451-454. — Funzioni del tempo in ordine al titolo (art. 2137 Cod. civ.), I, 454-455. — Il tempo della prescrizione indipendente dal titolo e dalla buona fede; Maynz e Savigny; dimostrazione pratica, I, 455-462. — La l. 10, pr., Dig. 8, 5: il *bonum initium*, la buona fede e il giusto titolo, I, 462-466. — Se la tolleranza possa sostituirsi al titolo, I, 464-466. — Esegesi dell'art. 2137 Cod. civ., I, 466-470. — Requisiti del titolo e sua sufficienza oggettiva, I, 471-475. — Esclusione della lesione nella costituzione di servitù: art. 1529 Cod. civ., I, 475-480. — Giurisprudenza, I, 480 (nota). — Costituzione per contratto, I, 480-481. — Divieto del precario (l. 17, Dig. 8, 4, e l. 1, § 11, Dig. 43, 19), I, 481-490. — Costituzione per riserva nei trasferimenti, I, 490-492 — per aggiudicazione, I, 492-495. — Costituzione fatta dal proprietario e quando interessi intere zone territoriali, I, 496-500. — Costituzione del comproprietario: testi del Digesto, I, 502-505. — Fermentazione del rapporto prima dell'adesione dei comproprietari, I, 505-509. — Costituzione del comproprietario a beneficio di altro fondo proprio, I, 509-510. — *Quid* nelle servitù legali, I, 510-511. — Se la servitù possa costituirsi dall'utilista, I, 511-514 — se dal *dominus proprietatis* senza in-

Digitized by Google

tervento dell'utilista, I, 514-517 — se dall'usufruttuario (art. 492 Codice civile), I, 518-520. — Chi possa acquistare una servitù prediale per titolo, I, 520-522.

Torrente (**Servitù di**). Vedi **Rivus**.

Transito. Vedi **Passaggio**.

Trasformazione dei predii. La trasformazione dei predii e il perimento della cosa serviente (art. 662 Cod. civ.), I, 781-784. — Teorie del FADDA, del BIANCHI, del BONFANTE: testi romani, I, 784-793. — Differenze con l'usufrutto, I, 793. — Esegesi dell'art. 662 Cod. civ., I, 793-798 — e dell'art. 663: discussione, I, 798-802.

Trasporto di mobili e semoventi attraverso fondo altrui. Vedi **Passaggio**.

Trave (**Tignum**). Vedi **Tigni immittendi** (**Servitus**).

Tugurii habendi (**Ius**). Vedi **Abbeveraggio**.

Tutela giuridica delle servitù prediali. Vedi **Azioni**. Opinione del KARLOWA, I, 826-828.

U

Urbane e **rustiche** (**Servitù**). Coordinamento storico di questa distinzione e quella tra *res mancipi* e *nec mancipi*, I, 1095-1101. — Natura dell'*iter*, *actus*, *aquaeductus* in diritto romano, I, 1101-1112. — Opinione prevalente in rapporto alla qualità del fondo dominante, I, 1112-1115. — Opinione richiedente la presenza di un edificio per le servitù urbane, I, 1115-1117. — Opinione basata sul *facere* e sull'*habere*, I, 1117-1119. — Criterio dell'utilità del fondo dominante, I, 1119-1123. — Opinione che le servitù urbane siano incorporate nello stato dell'edificio dominante e siano le negative, I, 1123-1124. — Criterio della continuità, I, 1124-1125. — La critica moderna ha demolito l'opinione dominante della glossa, I, 1125-1128. — Concetto della situazione dei fondi e critica di esso, I, 1128-1134. — Criterio desunto dal suolo e dalla superficie, I, 1134-1141. — Codice italiano e giurisprudenza, I, 1141-1146. — Eliminazione di ostacoli per le servitù tipiche urbane romane, I, 1147-1149 — e per le servitù rustiche, I, 1149-1152.

Usi civici. Vedi **Pascoli** (**Comunione del**).

Usucapio libertatis. Vedi **Innalzamento** (**Servitù di**); **Perdita**; **Usucapione**.

Usucapione. Non usucapibilità delle servitù legali, I, 524-533. — Incorporalità delle servitù e necessità di una assimilazione strutturale, I, 534-539. — La *iuris quasi possessio* oltre il campo interdittale (l. 16, Dig. 41, 3, e l. 3, § 15, Dig. 10, 4), I, 539-546.

Il diritto di servitù e non la cosa serviente oggetto di usucapione, I, 546-549. — Discussione sulla l. 14, pr., Dig. 8, 1: I, 547 e nota. — Oggetti e ragioni della *Lex Scribonia*, I, 549-556. — *Usucapio libertatis* nei fondi, I, 556-563. — Possesso *iure proprietatis* e possesso *ad usucapionem libertatis*, I, 563-566. — Inamissibilità di atti clandestini nell'*usucapio libertatis*, I, 566-570. — Concetto giuridico della buona fede: diritto romano, I, 571-578. — Testi del diritto romano classico, I, 578-587. — Presunzione della buona fede nel possesso *ad usucapionem libertatis*,

Digitized by Google

I, 587-591. — Buona fede iniziale e continuativa ed *animus*, I, 591-595. — Diritto romano, I, 596-600. — Servitù di acquedotto in ispecie, I, 600-603. — Applicabilità alle servitù continue e alle discontinue, I, 603-608. — Eliminazione della contraddizione apparente tra gli art. 630 e 2137 Cod. civ., I, 608-612.

Utilità delle servitù. Importanza del concetto anche in rapporto alla dottrina della vicinanza, I, 323-329. — Discussione dell'opinione del Brugi, I, 325-329. — Destinazione dell'uomo nello sfruttamento delle utilità del fondo, I, 329-332. — Limitazioni dell'attività umana nelle forme di utilizzazione di un fondo, I, 332-337. — Interposizione di fondi, I, 120-121 — per sistemazione territoriale tra il fondo dominante e il principalmente serviente, I, 337-344. — Occasioni nelle quali sorge praticamente il concetto di utilità, I, 344-350. — Concetto positivo della *melior causa* nel fondo dominante, I, 349-350. — Conciliazione tra il frammento di Pomponio e quello di Ulpiano in materia di acquedotto, I, 347-348 (nota). — Indirizzo attuale (art. 596 e 644 Cod. civ.), I, 351-353. — Testi romani in appoggio al principio della utilità, I, 353-360. — L'utilità e l'inalienabilità della servitù: l'utilità e le *servitutes in faciendo* (l. 28, Dig. 8, 2), I, 360-384.

V

Vangatico. Vedi **Pascendatico**.

Vasca (**Servitù di**), II, 739-740 (nota).

Veduta (**Servitù di**), II, 817-823. Vedi anche **Lume** (**Servitù di**).

Viabilità nei *saltus*, I, 16.

Viatico (**Servitù di**). Origine feudale, III, 454-463. — Alloggi militari obbligatori, III, 454-455 (nota). — Se sia possibile istituirla e quale ne sia il valore in diritto moderno, III, 463-469.

Vicinanza (**Rapporti di**). Vedi **Legali** (**Servitù**).

Vidazzone. Vedi **Pascendatico**.

Visibile e **permanente** (**Stato**). — Concetto generale, I, 641-643. — Visibilità patente nella destinazione, I, 651-655.

Voragine, I, 119, 124-125.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3 Bell.

£ 2000. —

Digitized by Google

Digitized by Google

3 Vol.
£ 2000. —

Digitized by Google

Digitized by Google

3 Bell.
£ 2000. —

Digitized by Google

Digitized by Google

3 bill.
2000.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google